نهاية المطلب

في دراية المذهب

لإمام الحرمين

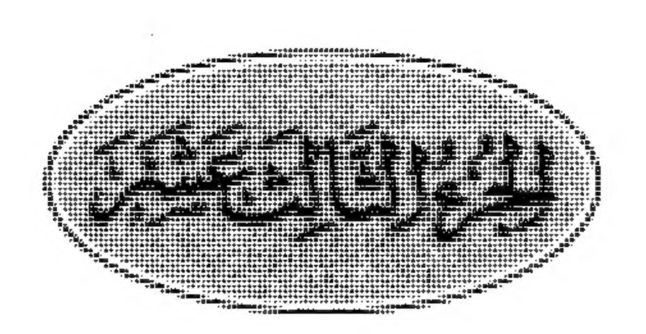
عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني

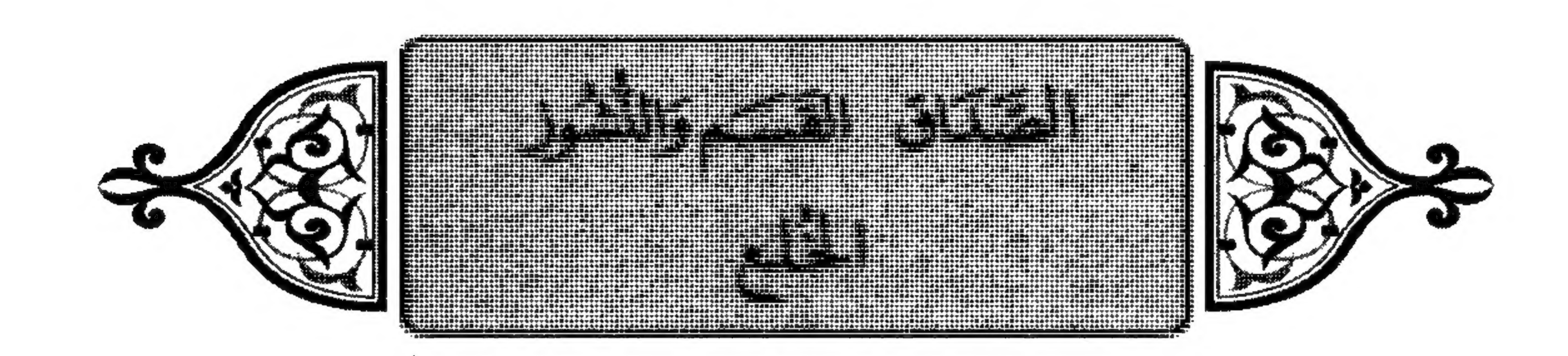
رحمه الله تعالى

(٤١٩-٤٧٨هـ)

حققه وصنع فهارسه

أ.د. عبد العظيم محمود الديب





دار المنهاج



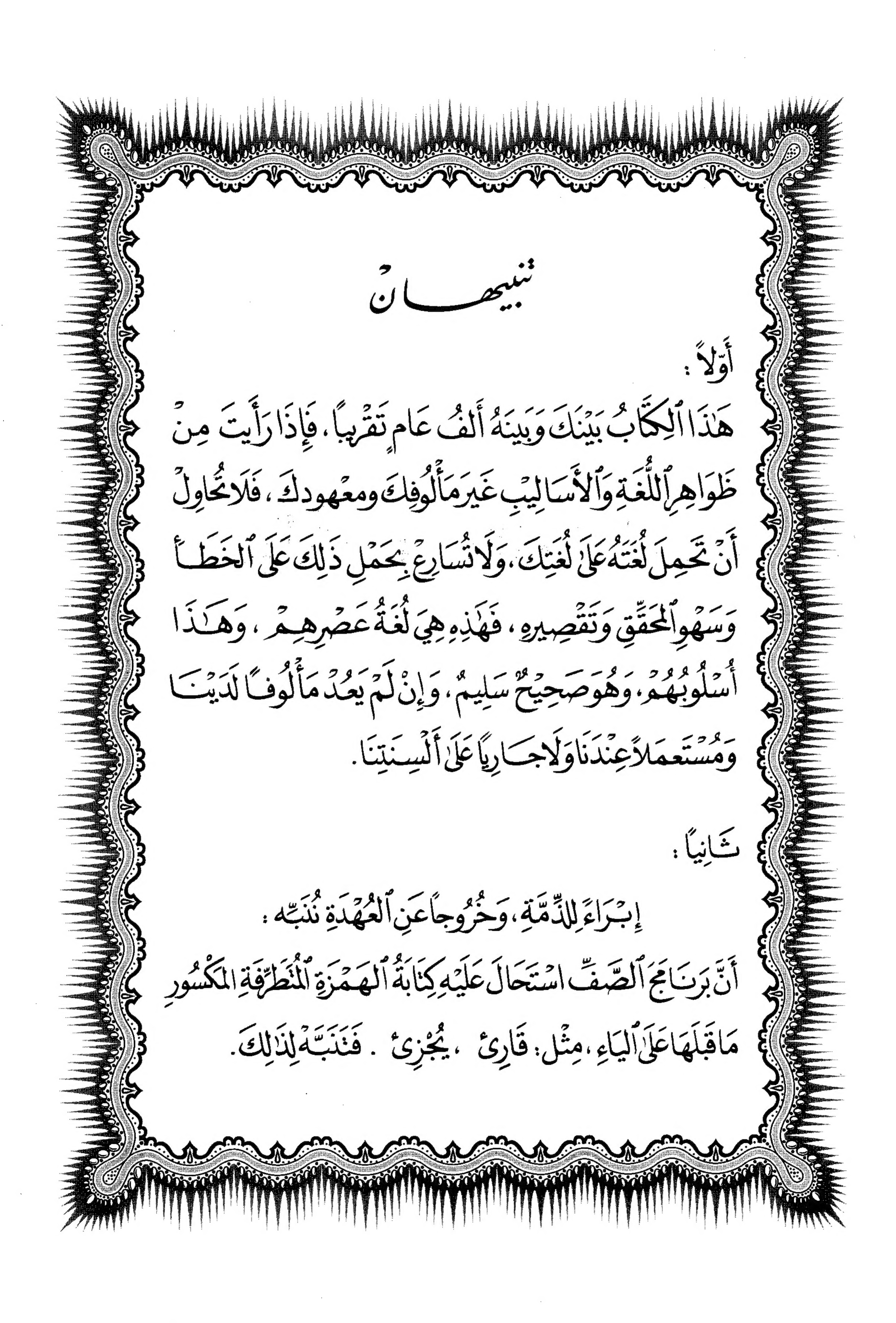
الطبعة الأولىٰ

١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م



جدة ـ هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ ـ فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ ـ المكتبة ٦٣٢٢٤٧١



تنبيهان

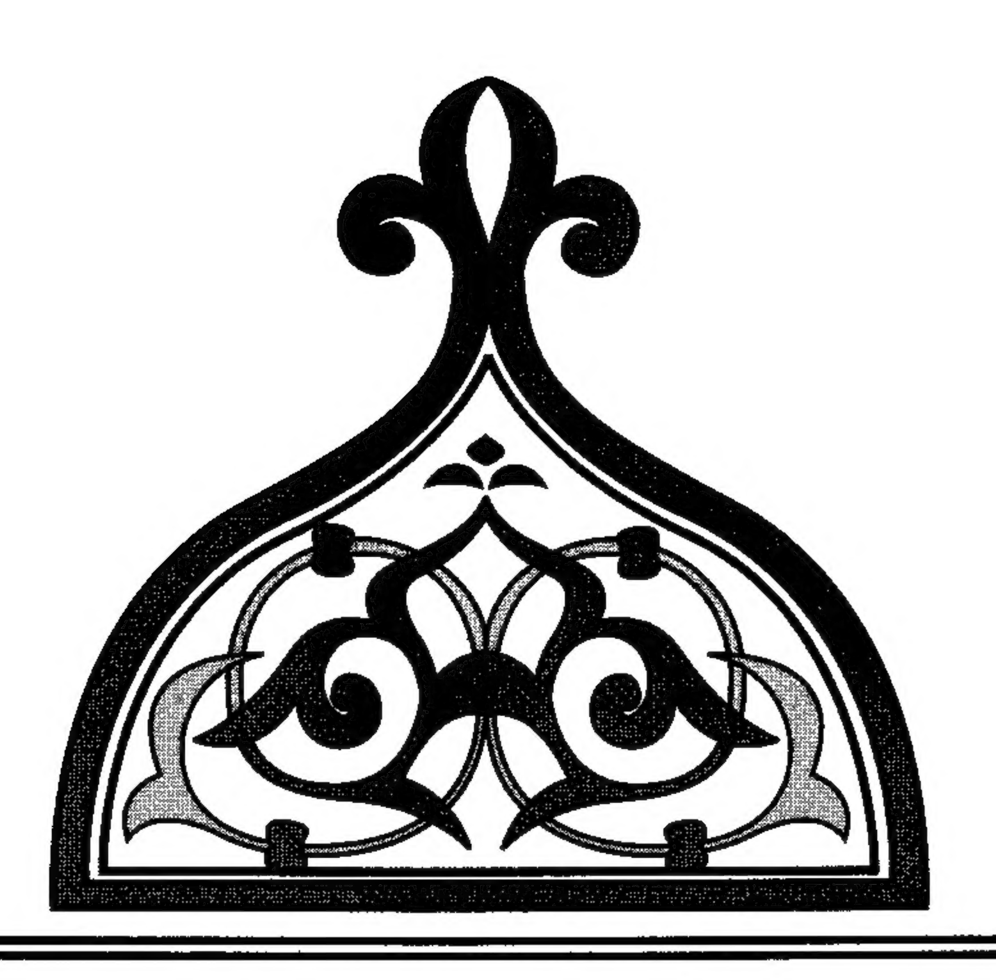
أولاً :

هَذَا ٱلكِتَابُ بينَكَ وَبَينَهُ أَلفُ عامٍ تقريباً ، فإذا رأيت مِن ظَوَاهِرِ ٱللُّغَةِ وَٱلأَسَالِيبِ غيرَ مَأْلُوفِكَ ومعهودِكَ ، فَلا تُحَاوِلْ أَنْ تَحمِلَ لُغَتَهُ على لُغَتِكَ ، وَلا تُسَارِعْ بِحَملِ ذَلِكَ على ٱلخَطَأ وَسَهْوِ ٱلمحقِّقِ وَتَقصِيرِهِ ، فَهَذِهِ هِيَ لُغَةُ عَصرِهِم ، وَهَذا أُسلُوبُهُم ، وَهُوَ صَحِيحٌ سَلِيمٌ ، وَإِنْ لَم يَعُدْ مَأْلُوفاً لَدَينَا وَمُستَعمَلاً عِندَنَا وَلا جَارِياً على أَلسِنَتِنَا .

ثانياً :

إبرَاءً لِلذِّمَّةِ ، وَخُرُوجاً عَنِ ٱلعُهدَةِ نُنَبِّه :

أَنَّ بَرنَامَجَ ٱلصَّفِّ استَحَالَ عَلَيهِ كِتَابَةُ ٱلهَمزَةِ ٱلمُتَطَرِّفَةِ المكسُورِ مَا قَبلَهَا على ٱليَاءِ ، مِثل : قَارِئ ، يُجزِئ . فَتَنَبَّه لِذَلِكَ .



إنَّ غرضي الأظهرَ في هذا الكتابِ التَّنبيهُ على قواعدِ الأحكامِ ومثاراتِها؛ فإنَّ صورَ الأحكامِ والمسائلِ منها غيرُ معدومةٍ في المصنَّفاتِ، فهذا أصلُ البابِ، ومنهُ تتشعَّبُ المسائلُ.

الإمام
في نهاية المطلب



كتاب الصداق

الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ، قال الله تعالىٰ : ﴿ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة : ٢٣٦] . وقال تعالىٰ : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] .

وقال صلى الله عليه وسلم : « **أدوا العلائق ، قيل : وما العلائق يا رسول الله ، قال : ما تراضىٰ به الأهلون** »[١] .

وانعقد الإجماع علىٰ أن ما يصح جعله صداقاً يثبت بالتسمية الصحيحة ، ثم ورد في الشرع لما يسمىٰ في عقد النكاح علىٰ معرض العوض أسماءٌ : الصدقة ، والمهر ، والصداق ، والأجر ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ ﴾ . وقال تعالىٰ : ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [النساء : ٢٤] .

ثم الذي يجب تصدير الكتاب به أنَّ الصداق لم يثبت علىٰ قياس الأعواض ؛ فإنَّ حظها في الاستمتاع منه حظُّه في الاستمتاع منها ، وهما مشتركان في الاستمتاع ، ويصح أن يقال : حظها أوفىٰ ، لما صح من توفر شهوتها ، وعدم تأثير الاستمتاع فيها ، ولـٰكن لما اقتضت الحكمة الشرعية استحقاق الرجال باستحقاق منفعتهن ـ كما تقدم ذلك مقرراً ـ اقتضى الترتيب بعد ذلك اختصاصهن باستحقاق ما يثبت في معرض العوض ، وضعف مُنَّتهنَّ وعجزهن عن التكسب ، وما طُلب منهن من التخدُّر ، وعدم الانتشار ، ولزوم الحِجال[٢] ، يقتضي ذلك .

ثم الصداق الثابت لها ليس يثبت ركناً في النكاح/ ثبوت الثمن في البيع ، والأُجرةِ ١١٤ ي

---

(١) حديث : « أدوا العلائق. . . » رواه الدارقطني ، والبيهقي من حديث ابن عباس بلفظ : « انكحوا الأيامىٰ وأدوا العلائق. . . » وقد ضعفه الحافظ (ر . سنن الدارقطني : ٣/ ٢٤٤ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي : ٧/ ٢٣٩ . التلخيص : ٣/ ٢٨٦ ح ١٦٧٢) .

(٢) الحجال : جمع حَجَلة وهي ساتر كالقبة يزين بالثياب والستور للعروس ، وسترٌ يضرب للعروس . (المعجم) وهي هنا كناية عن لزوم البيت ، ويسمى النساء ربات الحجال .

في الإجارة ، ولـٰكنه ـ وإن قوبل باستحقاق المنفعة عليها ـ لا يتمحض مقابلاً علىٰ حقيقة العِوضية ، ولذلك لا يفسد النكاح بفساد الصداق على المذهب الصحيح ، ولا يفسد أيضاً [بترك][1] ذكره وتعرية النكاح عنه ، وإذا رَدَّت المرأة الصداق ، لم يرتد النكاح كما يرتد المعوض برد العوض في المعاوضات ، وقال **مالك**[2] : فساد التسمية في الصداق يفسد النكاح ، وقيل : هـٰذا هو قول **الشافعي في القديم** ، فإنْ صح ، فهو في حكم المرجوع عنه ، ولا نعرف خلافاً أن ترك تسمية الصداق لا يفسد النكاح .

وكذلك [لا خلاف أن النكاح][3] لا يرتد برد الصداق ، والصداق لا يُنكر كونه عوضاً ؛ فإنه يثبت علىٰ صيغة العوضية ، وارتداده بالفسوخ الواردة على النكاح يُقيمه مقام الأعواض ، وحبسُها نفسَها إلىٰ توفر الصداق عليها يُلحق الصداق بالأعواض ، فالوجه أن نقول : الصداق عوض في النكاح ، ولـٰكنه ليس ركناً ؛ من جهة أن العوضية ليست مقصودة في النكاح ، والمقصود الأظهر منه المستمتَع . ويشهد لما ذكرنا قوله تعالىٰ : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] فسمى الصدقات نحلة وعطية ، ليُشعر بخروجه عن كونه مقصوداً .

ومن **المحققين** من **أئمتنا** من قال : ليس الصداق عوضاً حقيقياً ، وارتدادُه لزوال النكاح في بعض الأحوال سبيله سبيل التبعية ، فكما يثبت تبعاً غير مقصود ، فكذلك يزول بزوال النكاح ـ علىٰ تفاصيلَ معروفة ، فحصل مسلكان : **أحدهما** ـ أنه عوض حقيقي ، ولـٰكنه ليس رُكناً في النكاح .

والثاني ـ أنه ليس بعوض على الحقيقة وإن أقيم مقامه ، ولا يكاد يظهر لهـٰذا التردد مزيد أثر .

٨٣٥٤ـ وإذا زوّج الوليّ وليّته إجباراً بدون مهر مثلها ؛ **فالمذهب الأصح** : صحة

---

(١) في الأصل : ترك .

(٢) ر . بداية المجتهد : ٢/ ٢١ . وفيه : « وعن مالك **روايتان** : **إحداهما** ـ فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ، **والثانية** ـ إن دخل بها ثبت ، ولها صداق المثل » ا . هـ بنصه .

(٣) عبارة الأصل : « وكذلك الاختلاف لا يرتد برد الصداق » والتعديل والزيادة من عمل المحقق .

النكاح ، وثبوتُ مهر المثل ؛ جرياناً علىٰ ما قدمناه من أنَّ الخلل في الصداق لا يؤثّر في النكاح .

وذكر **أئمتنا** قولاً آخر ، واختلفوا في كيفية نقله ، فقال قائلون : **القول الثاني** ـ إن النكاح لا يصح ـ وإليه أشار **القاضي** ـ ووجهه ـ علىٰ بُعده ـ ، أن النكاح بدون مهر المثل لا يكون معقوداً علىٰ حكم الغبطة ، والعقود إذا لم تتصف بالغبطة مردودة من الولي المجبِر .

وقال قائلون : [الأول][1] في صحة النكاح ، والقول الثاني في صحة الصداق ، وإن كان قاصراً ؛ فإن الأب لا يُتَّهم في حق طفله .

ومن وجوه الرأي : إذا كان الخاطب كفؤاً مرغوباً فيه ، [احتمل][2] وَكْسُه/ في المهر . وهـٰذا يخرج علىٰ قول **الشافعي** في أنَّ الذي بيدهِ عقدة النكاح هو الولي ، وقد يجوز علىٰ هـٰذا القول عفوه عن المهر وإسقاطه .

١١٤ ش

وإذا جمعنا وجوه تزويج الأب ، قلنا : إذا زوّجها من كفئها بمهر مثلها ، فقد نظر لها ولا معترض عليه ، ولو كان يطلبها كفء بأكثر من مهر مثلها ، فزوّجها الأب من كفء آخر بمهر مثلها ، فلا معترض عليه .

ولو طلبها كفء مماثل ، ورجل نبيه شريف القدر ، فزوّجها من مماثلها ، جاز ، ولا معترض ، وليس هـٰذا كالتصرف في المال ؛ فإنه إذا طُلبت سلعةٌ للطفل بأكثر من قيمة المثل ، لم يسُغ بيعُها إلاَّ بالأكثر ، والسبب في ذلك أن عقود المواصلات تنطوي

---

(١) في الأصل : « الطلاق » ، وهو تصحيف لا شك .
وعبارة العز بن عبد السلام في مختصره : « وإن زوّج المجبر بأقلَّ من مهر المثل ، فالمذهب صحة النكاح ، ولزوم مهر المثل ، وفيه قولٌ حمله بعضهم علىٰ بطلان النكاح ، وحمله آخرون علىٰ صحة الصداق ، وقطعوا بصحة النكاح ، وبنَوْا ذلك علىٰ جواز عفو الولي عن الصداق » . (ر . الغاية في اختصار النهاية للعز بن عبد السلام : ج٣/ لوحة رقم ٨٨ يسار) .
هـٰذا . ولم أصل إلى المسألة في وسيط الغزالي ولا بسيطه ، ولا الشرح الكبير للرافعي ، ولا الروضة للنووي .

(٢) في الأصل : احتمله .

علىٰ أسرارٍ خفية ، وأمور جِبِلِّيّة ، فالوجه إحالتها على الأب الشفيق ، وقد يرى المماثل أجدىٰ عليها من الشريف الذي يسطو ، أو يستطيل بشرفه ، والنكاح دِقُّ[١] النظر في مراشده يدِق ، والأموال لا يُغنىٰ منها إلاَّ المالية ؛ وعن هـٰذا ينشأ كلام العلماء في تزويج الأب ابنته ممن لا يكافئها ؛ فالأصح أنَّ النكاح لا يصح إجباراً ، لما فيه من ظهور إلحاق العار بها .

وفي المسألة قول غريب ، حكيناه أن النكاح [يصح][٢] ويلزم . وفي تزويجها بدون مهر المثل من التردد ما ذكرناه ، فهـٰذه مجامع القول في عقود الأب .

٨٣٥٥ـ ثم إذا تمهّد ما قدمناه ، فالصداق لا يتقدر شرعاً عند **الشافعي** ، وكلُّ ما يجوز أن يكون ثمناً أو أجرة يجوز أن يكون صداقاً ، والمعتبر في هـٰذا أن [يكون][٣] الصداق متمولاً .

وقد قدمت فيما يتموّل كلاماً واضحاً ، وظني أني كررته في مواضع .

وذهب **أبو حنيفة**[٤] ، **ومالك**[٥] ، **وابن شُبرمة** ، وطوائفُ من العلماء إلىٰ تقدير الصداق بنصاب السرقة ، ثم مذاهب هـٰؤلاء مختلفة في نصاب السرقة ، وقد نظر هـٰؤلاء إلىٰ تشبيه البضع المستباح باليد المقطوعة في السرقة .

والشافعي رأى المهر ليتميّز النكاح عن البدل في السفاح ، وهـٰذا المعنىٰ يحصل بإثبات ما يجوز أن يكون عوضاً . ثم نص **الشافعي** في مواضعَ من كتبه على استحباب العشرة وترْكِ النقص عنها ، وذلك للخروج من الخلاف .

---

(١) دِقُّ النظر : أي دقيقه ، وصغيره ، وخفيّه . ويدقُّ أي يغمض ويخفىٰ ، ولا يفهمه إلا الأذكياء (المعجم) .
هـٰذا . وكلمة (دِق) حرفت في الأصل إلىٰ (رق) .

(٢) في الأصل : صح .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) ر . الاختيار لتعليل المختار : ٣/ ١٠١ ، ومختصر الطحاوي : ١٨٤ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٢٥٢ ـ مسألة رقم ٧١٧ .

(٥) ر . الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف : ٢/ ٧١٤ ـ مسألة رقم ١٢٩١ .

ثم قال : السرف والمغالاة في المهر غير محبوب ، والقصد هو المستحسن ، ولو حصل التأسي برسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجاته وبناته ، فنِعْم المتبع .

وقالت عائشة : « ما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدة من نسائه ، ولا زوّج واحدة من بناته بأكثر من اثنتي عشر أوقية/ ونَشٍّ ، أتدرون ما النَّش ؟ إنما هو نصف أوقية » والأوقية أربعون درهماً ، فمجموع ما ذكَرَت من الأواقي والنش خمسمائة »[1] ، وقال عمر : « ألا لا تغالوا في مهور النساء ؛ فإنه لو كان فيه مكرمة عند الله وعند الناس ، لكان أحقكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقامت امرأة سفعاء الخدين وقالت : الله يعطينا ، ويمنعنا عمر ، فقال : أين ذلك ، فقالت : قال الله تعالىٰ : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء : ٢٠] فقال : كلُ الناس أفقه من عمر رجل أخطأ وامرأة أصابت »[2] .

١١٥ ي

ويتعلق بمتنهن أمران : **أحدهما ـ** أنَّ المغالاة ليست مكروهة ، وإنما ينهىٰ عنها نهيَ استحباب ، وقد بان أن مراتب النهي ثلاثة : تحريم وكراهة واستحباب . ومما نذكره أنَّ النزول إلى المبلغ الذي ذكرناه في مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما تخاطب به المرأة المالكة لأمر نفسها ، والسيد في تزويج أمته . فأما الأب إذا كان يزوّج ابنته الصغيرة ، فليس له أن ينزل عن مهر مثلها ، وإن نزل ، ففيه الترتيب القديم .

* * *

---

(١) حديث عائشة رواه مسلم بلفظ : « كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشاً ، قالت : أتدري ما النش ؟ . . . » (ر . صحيح مسلم : كتاب النكاح ، باب الصداق ، ح ١٤٢٦) .

(٢) خبر نهي عمر عن المغالاة في المهور على النحو الذي ساقه إمام الحرمين ، مركب من حديثين رواهما عبد الرزاق في مصنفه : ٦/ ١٧٥ ، ١٨٠ ، ح ١٠٣٩٩ ، ١٠٤٢٠ ، وهما عند سعيد بن منصور ، ح ٥٩٤ ، ٥٩٧ ، والأول عند أحمد : ١/ ٣٠١ ، وهو عند الحميدي : ١/ ١٣) .

باب
الجُعل والإجارَة

٨٣٥٦ـ مقصود هـٰذا الباب مقصورٌ على الكلام في منافع يجوز إثباتها صداقاً ، والقول الجامع فيها : إنَّ كل منفعة يجوز الاستئجار عليها ، فيجوز فرضها على الجملة صداقاً .

ثم القول في المنافع التي يجوز الاستئجار عليها ، مما أصلناه علىٰ[1] هـٰذا الكتاب من كتاب الإجارة وغيره ، والقول فيه منتشر ، وضبط النفي والإثبات فيه عَسِرٌ ، ولم يزد **الأصحاب** عن نقل مسائل مُرسلة ، وما اعتنوا في ذلك بضابط ، ولم يتشوف إلى الاهتمام به إلاَّ **القاضي** ، فإنه حوّم علىٰ أطرافه ولم يستوعب ، والقدر الذي ذكره : أنَّ كل عمل معلوم يلحقُ العاملَ فيه كلفةٌ ويتطوع به الغيرُ عن الغير ؛ فالاستئجار عليه جائز ، وإذا صح الاستئجار ، صح إثباته صداقاً .

٨٣٥٧ـ وليس ما ذكره شافياً للغليل ، ونحن نرىٰ أن نذكر مسائلَ مرسلةً ، ثم ننبه فيها على الغرض المطلوب ، وقد نذكر فنوناً وأقساماً .

فالعبادات البدنية المفتقرة إلى النية ، إذا كانت النيابة لا تتطرق إليها ، فلا يتصور الاستئجار عليها ؛ فإنَّ مِنْ حُكْمِ الاستئجار وقوع فعل المستأجَر عن المستأجر ، وامتناع النيابة ينافي هـٰذا ، والعبادة البدنية التي تجري النيابةُ فيها ـ وهي الحج لا غير ـ يجوز الاستئجار عليها ؛ كما تفصَّل/ في كتاب الحج ، وإذا قلنا : غسل الميت يفتقر إلى النية ، فالاستئجار عليه جائز ، [وإن][2] كان [قربة][3] بدنية ، وذلك أنَّ النيابة ش ١١٥

---

(١) علىٰ هـٰذا الكتاب : أي (في) هـٰذا الكتاب ، نظير قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱتَّبَعُواْ مَا تَتْلُواْ ٱلشَّيَـٰطِينُ عَلَىٰ مُلْكِ سُلَيْمَـٰنَ ﴾ [البقرة : ١٠٢] .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في الأصل : قرينة .

جائزة فيه كما تجوز في الحج . فاعلموا ترشُدوا .

ووراء ذلك أمر سننبّه عليه في أثناء الكلام ، إن شاء الله تعالىٰ .

هـٰذا قولنا في العبادات البدنية المفتقرة إلى النيات .

ومما نذكره في الأقسام التي نحاولها : أنَّ الأعمال التي لا تقع قربة ، ولـٰكنها تتعلق بأمور في المعايش ، ومطرد العادات ، فما لا يجوز منه فلا يجوز الاستئجار عليه ، وما يجوز ولا ينهىٰ عنه ، فيجوز الاستئجار عليه ، بحسب أن يكون معلوماً علىٰ ما يليق به ، ويشترط أن يكون له وقع في النفع والدفع ، حتىٰ لو قل قدرُه ، وكان لا يقع مثله في إثارة نفعٍ أو دفعٍ موقعاً ؛ فلا يجوز الاستئجار عليه . وهو في [جنسه][1] بمثابة الحبة من الحنطة في الأعيان .

ومما نشترطه أن يكون النفع من العمل راجعاً إلى المستأجِر ، فلو كان يرجع النفع إلى الأجير ، فالإجارة فاسدة ، وذلك مثل أن يقول : استأجرت دابتك لتركبها أنت ولا تترجل ، فهـٰذا فاسد ، فإذا كان العمل مباحاً معلوماً متقوماً عرفاً ، وكان نفعه يرجع إلى المستأجِر فيصح الاستئجار ، ومن جملة ذلك : الحمل والنقل وأعمال المحترفين ، وما في معناها ، وهـٰذا بيان ما لا يقع قربة .

٨٣٥٨ـ وأما ما يقع قربةً وإن لم نشترط فيه النية ، فمنها ما يقع فرضاً على الكفاية ، ومنها ما يكون شعاراً في الدين ، ولا يقع فرضاً ، فأما ما يقع فرضاً ، فإنه ينقسم في نفسه ، فمنه ما يخاطَب به المرءُ في ذاته إن اقتدر عليه ، وإن عجز عنه ، وجب على الغير كفايته ، ومنه ما لا يخاطب به المرء على الخصوص في نفسه لغرضٍ يخصه .

فأمَّا القسم الأول ، فمنه حفر القبور ، ودفن الموتىٰ ، وحمل الجنائز ، فهـٰذه الأشياء مما يجوز الاستئجار عليها ، والسبب فيه أنَّ من مات فتجهيزه من المؤن الواجبة المختصة بتركته ، وهو مما يثبت في وضع الشرع علىٰ نعت الخصوص ، فإن عجز من خصّه الشرع ابتداءً ، فعلى الناس كفايته . وحَمْلُ الجنازة وما في معناه مما ذكرناه ينزل منزلة شراء الكفن ، والتكفينُ من فرض الكفايات ، وكذلك يجب على الإنسان أن ينفق

---

(١) في الأصل : حب .

علىٰ نفسه إن وَجَد ، فإن فَقَد ، لم يجز تضييعه ، ثم لو اشترىٰ في حالة الضرورة طعاماً ، صح ذلك منه [تنزيلاً][1] لهـٰذا علىٰ كون ذلك [خاصاً به][2] في وضع الشرع ، فهـٰذا مسلك في فرائض الكفايات .

ويلتحق بذلك تعليم القرآن ؛ فإنَّ على الإنسان أن يتعلم من القرآن ما لا يخفىٰ ، فهـٰذا مما يختص وجوبه/ ، فلا جرم جاز الاستئجار عليه ، وإن كان إشاعة القرآن ونشره وتعليمه فرضاً على الكفاية . ي ١١٦

والقسم الثاني ـ ما يثبت في الأصل شائعاً ، ولا يختص افتراضه بشخص ، حتىٰ يعد من مؤنه وواجباته الخاصة ، ولـٰكن يثبت إقامةً لشعار ، أو ذباً عن البيضة ، وذلك مثل الجهاد ، فإنه أُثبت عاماً ، والمقصود به حماية الحوزة وحفظ البيضة . فهـٰذا القسم لا يجوز الاستئجار فيه إذا كان المستأجَر مندرجاً تحت الخطاب العام بالذب .

ويخرج مما ذكرناه أهل الذمة ؛ فإنَّا لا نخاطبهم بالذبِّ عن الملة ، فلا جَرَم جوَّز **الشافعي** للإمام أن يستأجر طائفةً من أهل الذمة علىٰ قتال جماعة من الكفار ، كما سيأتي شرح ذلك في كتاب السير ، إن شاء الله عز وجل .

وسبب منع الاستئجار أنَّ الخطاب إذا كان متعلقاً بالمسلمين على العموم ، فيكون الأجير فيه قائماً بإقامة ما خُوطب به ، ويستحيل أن يقع فعله عن غيره . فهـٰذا ما يقع فرضاً .

٨٣٥٩ـ وأمَّا ما يقع شعاراً غيرَ مفروض ، فهو كالأذان في الرأي الأصح ، فهل يجوز الاستئجار عليه ؟

حاصل ما ذكره **الأصحاب في الطرق ثلاثة أوجه** :

أحدها ـ أنه لا يجوز الاستئجار على الأذان أصلاً ؛ فإنه وإن كان لا يجب ، فهو راجعٌ إلىٰ تعميم الشعار ، ولذلك لا يؤذن كل واحد ممن [حضر][3] الجماعة .

---

(١) كذا قرأناها بصعوبة أعان عليها السياق .
(٢) في الأصل : بإصابة .
(٣) في الأصل : نص .

والوجه الثاني ـ وهو الأصح ، أنَّ الاستئجار على الأذان جائز من الإمام ومن آحاد المسلمين ؛ فإنه ليس عبادة مفتقرة إلى النية ، ولا فرضاً يلابسه المكلف ، وإن كان يرجع نفعه إلى المسلمين ، فنفع القرآن كذلك يرجع إلى المسلمين .

والوجه الثالث ـ أن الإمام ومن يتولى الأمر من جهته يجوز أن يستأجر المؤذن ، وليس يسوغ ذلك لآحاد الناس ، وكثيرٌ من العقود يختص جوازه بالوالي إذا كان متعلقاً بالمصالح العامة .

ثم إذا جوزنا الاستئجار على الأذان ، فقد ذكر **شيخي** وغيره خلافاً في أنَّ المؤذن علىٰ ماذا يأخذ الأجرة ؟ وحاصل المذكور **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أنه يستحق الأجرة علىٰ رعاية المواقيت .

والثاني ـ أنه يستحقها علىٰ رفع الصوت .

والثالث ـ أنه يستحقها على الحيعلتين ، فإنهما ليسا من الأذكار ، وسبب هـٰذا الاختلاف أنَّ الأذان أذكار الله تعالىٰ [يردّدها][1] المؤذن ، فبعُد عند **الأصحاب** استحقاق الأجرة علىٰ أعيانها .

والصحيح عند **المحققين** أنَّا إذا جوزنا الاستئجار على الأذان ، فالأُجرة مستحقة علىٰ جميع الأذان بما فيه ، ولا بُعدَ في استحقاق الأُجرة علىٰ ذكر الله تعالىٰ ، كما لا بُعد في/ استحقاقها علىٰ تعليم القرآن ، وإن كان التعليم من ضرورته قراءة القرآن . ١١٦ ش

٨٣٦٠ـ ومما نذكره : الاستئجار علىٰ تعليم العلم ، وقد ذكر **شيخي** وغيره مَنْعَ الاستئجار على التدريس ، وردد **الشيخ أبو بكر الطوسي** فيما نقله عنه **أبو بكر المفيد**[2]

---

(١) في الأصل : يبدّدها .

(٢) لما نصل إلىٰ شيء قاطع في ترجمة أبي بكر المفيد ، فالطوسي الذي نقل عنه المفيد متوفىٰ سنة ٤٢٠هـ . والمسألة في المذهب مشهورة عن أبي بكر الطوسي ، ولـٰكن لم نجد من صرح بناقلها عنه ، وأنه أبو بكر المفيد ـ فيما نعلم ـ إلا الإمام .

والذي وجدناه بهـٰذه الكنية واللقب (أبو بكر المفيد) هو محمد بن أحمد بن محمد بن يعقوب البغدادي الجرْجائي المتوفىٰ سنة ٣٧٨هـ عن نيف وتسعين سنة ، فهل يمكن أن يكون ناقلاً عن الطوسي المتوفىٰ سنة ٤٢٠ ؟ ؟ الله أعلم .

=

جوابه في جواز الاستئجار علىٰ إعادة الدروس .

وهٰذا كلام ملتبس ، والتحقيق فيه أنَّ من استأجر شخصاً ليعلمه مسألةً ، أو مسائلَ من العلوم ، فهو جائز ، لا يجوز أن يكون فيه خلاف ، وهو بمثابة الاستئجار علىٰ تعليم القرآن ، وإن ظن أن ذلك يمتنع من قِبَل تفاوت الناس في الفهم والدرك ، فهم متفاوتون في الحفظ أيضاً قطعاً ، ثم لم يمنع الاستئجار في المحفوظات ، والحفظُ في معنى الفهم .

والذي ذكره **الأصحاب** من مَنْع الاستئجار على التدريس محمولٌ علىٰ ما إذا استأجر [رجلٌ][(١)] مدرّساً حتىٰ يتصدىٰ للتدريس إقامةً لعلم الشريعة من غير أن يعيِّن له من يعلمه ، فهٰذا إن امتنع ، فسببه أنه تصدىٰ للأمر العام المفروض على الكفاية ، فكان بمثابة الجهاد .

ولو فرضنا استئجار مقرىء علىٰ هٰذه الصورة ، لكان ممتنعاً ، كما يمتنع استئجار المدرس .

ولٰكن جرىٰ كلام **الأصحاب** في الدرس ، ومن يعلّم القرآن على العادة الغالبة في كل نوع ؛ فإنهم لم يصادفوا مستأجَراً علىٰ تعليم العلم في العادة ، والاستئجار علىٰ تعليم القرآن [غالب][(٢)] .

وفي النفس من الاستئجار على التدريس والتصدي له شيء ؛ من [جهة أنه][(٣)] قد يشابه الأذان ؛ فإنَّ الغرض من كل واحد منهما نفعٌ راجع إلى الناس عموماً من غير تخصيص أشخاص ، وليس في امتياز الأذان عن التدريس ـ بالفرضية في أحدهما ـ فقه ؛ فإنَّ المعتمد في منع الاستئجار على الجهاد أنه نزل علىٰ أهل الاستمكان نزولاً

= ثم ما ذكره الذهبي ، والحافظ عن المفيد هٰذا أنه محدث ضعيف متهم .
فهل هناك من يسمىٰ بأبي بكر المفيد غير هٰذا أم أن في العبارة تصحيفاً ؟ الله أعلم . (ر . سير أعلام النبلاء : ١٦/ ٢٦٩ ، ميزان الاعتدال : ٣/ ٤٦٠ ، لسان الميزان : ٥/ ٤٣) .

(١) في الأصل : رجلاً .
(٢) في الأصل : غالبة .
(٣) في الأصل : من جهته قد يشابه .

عاماً ، ولا متعلق له إلاَّ الذب عن حريم الإسلام ، والتدريس [و][١] إن كان يعم من وجه ، فهو في جهة [التعلّق][٢] بمن يتعلم خاص ؛ إذ علىٰ كل شخص أن يتعلم في نفسه ، كما علىٰ كل شخص أن يعتني بحفظ المواقيت في الصلوات ، والمؤذن يكفي الناس ذلك ، فليفهم الناظر ما يمر به من لطائف الفقه .

ولـٰكن إن صار صائر إلىٰ تجويز الاستئجار على التدريس ، فلا بد فيه من إعلام على التحقيق ، فإن الأذان بيّن في نفسه ، والعلم عند الله تعالىٰ .

٨٣٦١ـ ومما نذكره أنَّ القضاة إذا تراصدوا/ للقضاء ، فلا معنىٰ لاستئجارهم ؛ فإنهم إذا انتصبوا للفصل بين المتحاكمين ، تعلَّق أمر الخلق عموماً بهم ، ولا يتصور أيضاً أن تنضبط أعمالهم بوجه من الوجوه . فهـٰذا مجموع ما أردنا إيراده . ١١٧ ي

ثم جُوِّز استئجار القاضي علىٰ كتبة السجلّ وغيره مما يستدعيه الخصم ، ولا يوجبه الشرع ، مما يأتي موضحاً ـ إن شاء الله عز وجل ـ في كتاب أدب القضاء .

ومن تأمَّل ما ذكرناه ، لم يخْفَ عليه ضوابط المذهب فيما يجوز الاستئجار عليه ، وفيما يمتنع ذلك فيه .

٨٣٦٢ـ ومما ذكره **الأصحاب** : الكلام على الاستئجار في الإمامة في الصلاة ، فقالوا : لا يجوز ذلك في الصلوات المفروضة ، وهل يجوز في النوافل كالاستئجار على الإمامة في صلاة التراويح ؟ فعلىٰ وجهين .

وهـٰذا كلام ركيك ؛ فإنَّ الإمامة لا معنىٰ لها ، ولا مزيّة على الإمام في قصد الإمامة ، وإنما يكفيه أن يصلي ويقتدي به من يريد ، وإن لم ينوِ الإمامة ، فصحة القدوة علىٰ نيّته . نعم ، قد يتوقف علىٰ نية الإمامة إحراز فضيلة الجماعة ، وهـٰذا يخصه ولا يتعداه . وقد ذكرنا أنه لا يجوز الاستئجار علىٰ عمل لا يتعدىٰ نفعُهُ العاملَ .

٨٣٦٣ـ فإذا تمهد ما ذكرناه ، فقد ذكر **الشافعي** في الباب أنَّ الزوج لو أصدق زوجته عملاً يعمله مما يجوز الاستئجار علىٰ مثله ، فالصداق صحيح . ومنع أبو

---

(١) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : التعليق .

حنيفة[١] ذلك عموماً في جميع الأعمال التي يعملها الزوج . وكذلك منع أن يصدقها منفعة حر في جهة من الجهات ، وإن جاز الاستئجار ، وإن جوّز أن يصدقها منفعة عبد ـ في خبطٍ له طويل .

ثم ذكر **الشافعي** في الباب ثلاثة فصول بعد ذلك : **أحدها** ـ في تعليم القرآن ، **والثاني** ـ في رد العبد الآبق ، **والثالث** ـ في خياطة الثوب . فنذكر ما يتعلق بالاستئجار علىٰ تعليم القرآن .

٨٣٦٤ـ ثم قد تمهد من قبلُ أنَّ ما يجوز الاستئجار عليه يجوز جعله صداقاً ، فإذا أراد استئجار شخص ليعلّمه ، أو يعلّم من يعينه ، القرآنَ ؛ فهو جائز ، فأول مرعيّ فيه الإعلام ، ثم إنه يحصل بوجهين : **أحدهما** ـ ذكر المقدار الذي يطلب تعليمه ، **والثاني** ـ المدة ، فلو قال : تعلِّمني سورة البقرة ، ولم يذكر المدة ، جاز ، ووقع الاكتفاء بإعلام المقدار ، ولو ذكر المدة ، فقال : تشتغل بتعليمي شهراً ، جاز . ثم إن ذكر المدة ، كفىٰ ، وإن ذكر المقدار ، كفىٰ ، ولو جمع بينهما ، فقال : تعلّمني سورة البقرة في شهر ، ففيه وجهان مشهوران ، ذكرهما في مواضع من كتاب الإجارة وغيرها ، فمن قال/ بالجواز ، قال : زيادة الإعلام غير ضائرة . ومن منع ـ وإليه ميل **معظم المحققين** ـ قال : المدة قد لا تفي وقد يفضل منها ، وذكرها مع المقدار يزيد جهالة ويجر عسراً . ش ١١٧

وكذلك لو استأجر من يَخيطُ ثوباً عيّنه في يوم ، فالأمر على الخلاف الذي حكيناه .

ثم ذكر **العراقيون** خلافاً في أنه هل يجب تعيين القراءة التي يبغي التعليم بها ، مثل **قراءة أبي عمرو**[٢] أو غيرِه ؟ فذكروا في ذلك وجهين .

---

(١) ر . الاختيار لتعليل المختار : ٣/ ١٠٥ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٢٧٠ ، ٢٨٢ ، مسألة رقم ٧٤٤ ، والمسألة رقم ٧٦٤ .

(٢) أبو عمرو ، هو أبو عمرو بن العلاء ، زبّان بن عمار التميمي المازني البصري . في اسمه واسم أبيه خلاف ، واعتمدنا هنا ما رجحه الزركلي في الأعلام ، وهو أخذ برواية السيوطي في المزهر ، فقد قال السيوطي : « هـٰذا أصح ما قيل فيه » .
وأشار إلى الخلاف في اسمه واسم أبيه ابن خَلكان في الوفيات ، وهو في روايةٍ عنده =

والوجه عندنا : القطع بأنَّ ذلك لا يعتبر ولا ينتهي التضييق إلىٰ هـٰذا الحد .

وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في قصة الواهبة لذلك الأعرابي : « **زوجتكها بما معك من القرآن** »[1] . ولم يقع للحرف والقراءة تعرُّضٌ .

٨٣٦٥ـ ومما يتعلق بذلك أنَّ الإجارة إذا أوردت علىٰ عين شخص ، فوقع الشرط علىٰ أن يكون هو [المعلّم ، فلا يقيم غيرَه مقامه ، كما إذا][2] استأجر الرجل داراً معينة ليسكنها ، فليس للمكري إقامةُ غير تلك الدار مقامها .

ثم لو كان المعيَّن يحسن ما وقعت الإجارة عليه ، صح الاستئجار . وإن كان لا يحسن ، ولـٰكن كان يتأتىٰ منه أن يتعلم ويعلِّم ؛ فقد ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أن الإجازة صحيحة ؛ فإنَّ تحصيل الغرض ممكن ، والتعليم لا يقع دفعة واحدة في وقت واحد ، فصار كما لو اشترىٰ شيئاً بألف ، وهو لا يملك درهماً ، فالشراء صحيح ، وإن لم يكن في الحال في ملكه شيء من الثمن .

والوجه الثاني ـ أنَّ الإجارة فاسدة ؛ فإنها تضمنت استحقاق شيء ، وهو في وقت الاستحقاق غير ممكن ، وليس التعذر فيه إلىٰ[3] التسليم ؛ بل سبب الفساد أنَّ المنفعة في المسألة معدومة الجنس . وهـٰذا الاختلاف يشير عندنا إلىٰ سرٍّ في الإجارة ، وهو أنَّ

= (العريان) بدل (زبّان) .

وهو أحد القراء السبعة ، وأحد أئمة اللغة والأدب ، وكان أعلم الناس بالقرآن ، وباللغة والأدب ، والشعر ت سنة ١٥٤هـ (ر . وفيات الأعيان : ٣/ ٤٦٦ـ٤٧٠ ، والأعلام للزركلي) .

(١) الحديث بطوله متفق عليه ، من حديث سهل بن سعد ، رواه البخاري : كتاب النكاح ، باب السلطان وليٌّ ، ح ٥١٣٥ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن ، ح ١٤٢٥ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ٣٨٩ ح ١٦٧٧ .

(٢) ما بين المعقفين زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها ، ويؤيدنا عبارة العز بن عبد السلام في مختصره للنهاية ، ونصها : « ويجوز إصداق تعليم القرآن ، والإجارة عليه ، ولا يقيم غيره مقامه في إجارة العين ، فإن لم يحسن ما التزمه ، صح إن كانت الإجارة على الذمة (ر . الغاية في اختصار النهاية : جزء ٣ لوحة ٨٩ يسار) .

(٣) في الأصل : وليس التعذر فيه إلا إلى التسليم .

الإجارة إذا أُوردت علىٰ عينٍ ومنافعها ، فكأن منافعها مع تعلقها بالعين ، فيها معنى الالتزام ، وكأنَّ المستأجر التزم تحصيلها من العين المعيّنة ، فلا يمنع في الملتزَم أن يقع الاعتماد علىٰ إمكان التحصيل . ومن أبىٰ ذلك يعتمد التعيينَ ومنافاته [الحكم](١) الذمة ، والوجهان فيه إذا كان يُحسن مقداراً يشتغل بتعليمه في الحال ، أو كانت الإجارة مع تعلقها بالعين واردة علىٰ مدة تَسَعُ التعلّم والتعليم ، فأما إذا لم تكن مدة ، وكان لا يحسن شيئاً ألبتةَ ، والإجارة تقتضي استحقاق الاشتغال بالتعليم ، وتسليم المستحق على الفور ؛ فلا وجه إلاَّ القطع بإفساد الإجارة لتحقق العجز عن المستحَق في الحال .

٨٣٦٦ـ وكل ما ذكرناه في الإجارة يجري حرفاً حرفاً في الصداق ، ونحن نرد باقي الصور إلى الصداق فنقول/ : لو أصدق امرأته تعليم مقدار يقع التوافق عليه ، فقالت : علِّم فلاناً أو فلانة ما التزمت تعليمي إياه ، ففي المسألة **وجهان** مشهوران ذكرهما **العراقيون** وغيرهم ، وأثبت **أئمة العراق** للمذهب حداً وضبطاً وقالوا : الإجارة الواردة على العين تتعلق بمن يستوفي المنفعة ، وبما تستوفى المنفعة منه ، وبما تستوفى المنفعة به . فأما المستوفي للمنفعة ، فيجوز أن يتبدل مع رعاية النصفة ، وبيانه : من استأجر دابةً ليركبها ، فله أن يُرْكِبها غيرَه ، إذا كان في مثل جثته وثقله . فهٰذا مثال تبدل المستوفي . ي ١١٨

وأما ما تستوفى المنفعة منه ، فهو العين التي وردت الإجارة على استحقاق منفعتها ، فلا سبيل إلىٰ تعديلها ، وهٰذا [مثل](٢) تعيين دابة للركوب ، لا يجد المكتري سبيلاً إلىٰ إبدالها ، بحكم الإجارة المنعقدة ، ولو أتلفت الدابة المعينة ، انفسخت الإجارة ، [وتعليل](٣) ذلك بيِّن ؛ فإنَّ المنافع متعينة بتعيّن مورد العقد ، فإبدالها كإبدال المبيع المعيّن ، وتلفها قبل استيفاء المنفعة كتلف المبيع قبل القبض ،

(١) في الأصل : بحكم .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في الأصل : وتعيين .

وما ذكروه في تبدل المستوفي جارٍ علىٰ [القياس][١] ؛ فإنه استحق المنفعة وملكها ، والشرع سلَّطَهُ علىٰ إحلال غيره محل نفسه بالإعارة والإجارة ، ومن ضرورة ذلك تبدل المالك والمستوفي .

ثم قالوا : ما يقع به الاستيفاء بمثابة الثوب يعيَّن للخياطة ، فيقول مالكه : استأجرتك لتخيط هـٰذا الثوب ، فاستيفاء المنفعة يقع بذلك الثوب . فلو أراد مالك الثوب أن يأتي بثوب مثلِه ؛ فهل له ذلك ؟ فعلىٰ وجهين : **أظهرهما** ـ أنَّ له ذلك . وتبديل الثوب كتبديل المستوفي ؛ فإنَّ المستحَق خياطةٌ للأجير ، ولا يختلف الغرض بتعدد الثياب مع تماثلها .

والوجه الثاني ـ أنَّ ذلك الثوب يتعيَّن ؛ [فإن][٢] العقد كما عيّن العاملَ ـ حتىٰ لا يجوز له أن يقيم غيرَه مقام نفسه ، وإن كان عملُ غيره بمثابة عمله أو أفضل من عمله ، فكذلك اقتضت الإجارة إيقاع عملٍ في عين ، فيجب تعيّنها حتىٰ لا [يقع][٣] إبدالها .

وهـٰذا القائل يعسر عليه الفصل بين تبدّل المستوفي ـ الممثَّل براكب الدابة ـ وبين تبدل الثوب : والممكن فيه أن منفعة الدابة لا تقع بالراكب ، وإنما هو انتفاع من غير تأثر به ، والثوب يتأثر بالخياطة ويقع فيه وتبقىٰ ما يبقىٰ ، حتى اختلف قول **الشافعي** في أنها إجارة أو عين ؟ كما ذكرنا القولين في كتاب التفليس .

وهـٰذا المعنىٰ يجري في المتعلم المستأجِر ؛ فإنه يتأثر بالتعلم ، وإن كان من وجه [مستوفياً][٤] للمنفعة ، فقد ساوىٰ مكتري الدابة/ ؛ من حيث إنه يستوفي المنفعة المستحقة ، وهو في التحقيق كالثوب الذي تقع الخياطة به ، من جهة تأثره بالتعلم . ١١٨ ش

ثم حاصل ذلك يرجع إلىٰ تعلق الأثر بهـٰذه العين ، والأعيان لا يدخلها الإبدال في العقود الواردة على الأعيان ، فهـٰذا مبلغ الإمكان في التوجيه ، والأصحُّ الأول .

---

(١) زيادة مكان بياضٍ بالأصل .
(٢) في الأصل : أن .
(٣) في الأصل : يمنع .
(٤) في الأصل : مسبوقاً .

٨٣٦٧ـ ثُمّ اختلف مسلك **أئمتنا** في تنزيل الوجهين ، فذهب **العراقيون** وطوائف من **المراوزة** إلىٰ أنّاَ [لو][1] منعنا الإبدال ، نمنعه مع التراضي أيضاً ، إلاَّ أن يُفرض عقد صحيح في الاعتياض من منفعة بمنفعة ، وهـٰذا [كما][2] لو استأجر رجل داراً وقبضها ، ثم استأجر المستأجر بمنفعة تلك الدار دابةً ، فلا يمتنع هـٰذا . وهـٰؤلاء يقولون : لو تلف الثوب المعيّن ، انفسخت الإجارة ، كما تنفسخ بتلف الدابة المعينة ، وصار صائرون إلىٰ أن الثوب لو أبدل بمثله باتفاقٍ منهما وتراضٍ ، جاز بلا خلاف . وإنما الوجهان فيه إذا أراد مالك الثوب أن يُبدِل ، فأبى الخيّاط ، وهـٰذه طريقة **القاضي** .

وبالجملة : التفريع علىٰ منع الإبدال ضعيف في الطريقين .

وكل ما ذكرناه ، فيه إذا ورد الإصداق والإجارة علىٰ عين المعلّم .

فأما إذا كانت الإجارة واردة على الذمة ، مثل أن يُصدقها الزوج تعليم سورة البقرة ، ولا يتعرض لتعليم نفسه ، فلا شك أنه لا يتعين عليه التعليم بنفسه ، وله أن يقيم غيره في ذلك مقام نفسه . وهـٰذا بيِّن في أحكام الإجارات .

ولا يمتنع ـ والحالة هـٰذه ـ أن يكون المتلزم جاهلاً بما التزم التعليم فيه ، لأنه إذا كان لا يتعين [للتعليم][3] ، فلا معنىٰ لاشتراط علمه .

٨٣٦٨ـ ومما يدور في الخلد أنّاَ هل نشترط تعيين السورة والجزء الذي يقع التوافق على التعليم فيه ؟ هـٰذا فيه تردُّدٌ : ظاهر كلام المشايخ : أنه لا بد من التعيين فيه ؛ فإنَّ السور مختلفة ، فمنها متشابهات ، ومنها ما يصعب حفظها ، والأمر في ذلك علىٰ تفاوت بيِّن .

وكنت أود في هـٰذا المنتهىٰ ألاَّ يصح الإصداق للاستئجار على التعليم قبل أن يَخْبُر حفظ المتعلم ، كما لا يصح إجارة الدابة للركوب قبل أن يُعايَن الراكب .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) زيادة لاستقامة الكلام .

(٣) في الأصل : للتعيين .

[ولأن][١] تفاوت الحفظ والتوقف ، يدنو من تفاوت الجثث أو يزيد عليها .

وظاهر كلام **الأصحاب** : أن هـٰذا لا يشترط ، وقد يتجه في عدم اشتراط هـٰذا ، التعلقُ بحديث الأعرابي والواهبة ، فإنه صلى الله عليه وسلم لم يأمره بأن يخبُرَ حفظَها ، لمّا قال : « **زوّجتكها بما معك من القرآن** » .

وقد ينقدح أن يقال : فيما قد كان أصدقها تعليم خَمس أو عَشر من أول سورة البقرة[٢] ، هـٰكذا الحديث/ ، ولعل الأمر كان يقرب في هـٰذا المقدار ولا يتفاوت تفاوتاً محسوساً . ١١٩ ي

وليس يبعد أن يقال : يجوز اكتراء دابة تركب من الدار إلى السوق ، من غير نظر إلىٰ جثة الراكب ، فإنَّ التفاوت لا يحس في هـٰذا المقدار ، سيما إذا كانت الدابة [قويّة][٣] .

فَرْعٌ : **٨٣٦٩ـ** إذا أسلمت امرأة ، فتزوجها رجل ، وتعين عليها تعلم الفاتحة ، ولا معلم بالحضرة [غير][٤] الزوج ؛ فالمذهبُ الأصحُ أنه لو أصدقها تعلُّم الفاتحة ، صح . وجبُن بعض **أصحابنا** ، فمنع هـٰذا في هـٰذه الصورة ، ومنع الاستئجار في مثلها أيضاً ، وصار إلىٰ أنَّ تعليم الفاتحة متعيَّن على الرجل ، حقاً لله تعالىٰ ، فلا يجوز أن يأخذ علىٰ مقابلةِ تأدية المستحَق عليه عوضاً .

وهـٰذا ليس بشيء ، فإنَّ الأصل وجوب التعلم عليها ، فإن تُصُوِّرت صورة تعين فيها تحصيل الغرض من شخص ، فالقاعدة هي المرعيّة . وهـٰذا بمثابة ما لو اضطر الرجل إلىٰ تناول طعام غيره ، فليس لمالك الطعام أن يمنعه مع استغنائه عنه ، ثم تعيين بذل الطعام لا يمنعه بيعه منه . والعبارة الفقهية في هـٰذا : أنَّا لا نطلق القول بتعيين بذل

---

(١) في الأصل : ولا تفاوت . . .

(٢) ورد ذكر الآيات من سورة البقرة ، في حديث أبي هريرة ، عند أبي داود ، بلفظ : « ما تحفظ من القرآن ؟ قال : سورة البقرة أو التي تليها ، قال : قم فعلّمها عشرين آية ، وهي امرأتك » (ر . أبو داود : كتاب النكاح ـ باب في التزويج على العمل يعمل ـ حديث رقم : ٢١١٢) .

(٣) غير مقروءة في الأصل .

(٤) في الأصل : عن .

الطعام ، بل نقول : يتعين علىٰ مالك الطعام بيع الطعام من المضطر ، وكذلك يتعين على الرجل تعليمها بالعوض .

وقد يمتنع المضطر عن الابتياع ، فيتعين إذ ذاك علىٰ مالك الطعام إنجاده بالعوض على الرأي الأصح .

وفيه وجه آخر ، أنَّ العوض لا يلزم . وسنأتي بغوائل هـٰذا في كتاب الأطعمة ، إن شاء الله عز وجل .

فَرْعٌ : **٨٣٧٠ـ** المسلم إذا تزوج كافرةً علىٰ أن يعلِّمها شيئاً من القرآن ، فقد قال **الأئمة** : إذا كان يرتجي بذلك أن تسلم إذا تعلمت ، فيجوز الإصداق ، وعليه يدل قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ﴾ [التوبة : ٦] . والاستماع والتعليم بمثابةٍ . ثم لا قطع بالقبول ، فإنه تعالىٰ قال : ﴿ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ [التوبة : ٦] .

وإن كان لا يرتجي لها الإسلام بتعليم القرآن ، فقد قال **الأصحاب** : لا يجوز أن تُعلَّم والحالة هـٰذه .

وكذلك إذا أراد الرجل أن يعلِّم جاريته الكافرة القرآن ، وكان لا يأمل أن تسلم ، وإنما يبغي أن يثبت لها صفةً تزداد قيمتُها بسببها ، فلا يجوز ذلك ؛ فإنها قد تستخفّ بما تتلقف ، ونزَّل **الأئمة** هـٰذا منزلة بيع المصحف من الكافر .

وهـٰذا فيه نظر ؛ فإنه يلزم منه منع الكفار من التحويم علىٰ حِلَق القرآن ؛ فإنهم قد يتلقنون من تدارس القرّاء الآية والآيتين ، ولم ينته الأئمة إلىٰ هـٰذا/ ، ولا بد منه إذا طردنا قياسهم . (ش ١١٩)

فَرْعٌ : **٨٣٧١ـ** إذا أصدق المرأة تعليمَ القرآن ، ثم علّمها الآية والآيات ، فنسيت ، فهل عليه إعادة ما نسيت [تعلمها][1] ؟ أم يخرج عن عهدة ذلك القدر ، ويعلّمها البقية ؟ وما التفصيل في ذلك ؟ وكيف الضبط ؟ وأين الموقف ؟

قال **العراقيون** : اختلف **أصحابنا** ، فمنهم من قال : الحدُّ الذي إليه الموقف

---

(١) في الأصل : عليها . وتأنيث الضمير علىٰ أن المراد (الآيات) .

[الآية][١] ، فإذا حفّظها آية ، فقد خرج عن العهدة ، فإن نسيت بعد ذلك ، فليس عليه إعادة تلك الآية عليها ، وأن يعلِّمها البقية ، وإن علّمها دون آيةٍ ، فنسيت ، فيعيد عليها ، إلى استكمال آية .

قالوا : ومن **أصحابنا** من قال : الحد المعتبر سورةٌ ، علىٰ حسب ما ذكرناه في الآية .

والوجهان عندي مدخولان : أمَّا السورة ، فلا وجه للتقدير بها مع تفاوت السور ، وقد يُصْدِقُها بعضَ السورة ، وأمَّا التقدير بالآية ، فلا وجه له أيضاً ، ومن الآي قوله تعالىٰ : ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ [المدثر : ٢١] وآية المداينة ، فالوجه إذاً [تحكيم][٢] العادة في هٰذا : والمتلقن المتلقف يحفظ الكلمات كما يسمعها ، ثم [ينتشر][٣] عليه الحفظ ، فيعيد عليه الملقن ، وقد يجري ذلك مراراً ، فلا يكون ما جرىٰ أولاً من إعادة الملقن لتلك الكلمات متقناً . فهٰذا [بيّنٌ][٤] وفيه عُرفٌ يعرفه أهله .

وإذا تم التلقن ، فيبقىٰ وراء ذلك نظر ، وهو أنَّ المتلقن مؤاخذ في العرف بأن يكرر ما تلقنه في نفسه ، فإذا لم يفعل ، عُدَّ ذلك تقصيراً منه ، فليقع البناء علىٰ هٰذا الذي ذكرناه . ولا يقع التقدير بالمبالغ .

ولو قال قائل : التلقين يقع في مقدار يحويه مجلس ، فإذا فرض القيام عنه ، والعود إلىٰ مجلس آخر ، ثم ينسى المتلقن ما تقدم ، فهٰذا يحمل علىٰ تقصيره ، وقد يحتمل منه عثرات فيه .

والحكم المرجوع إليه العرف فيه ، وينشأ منه أنَّ المتلقن إذا كان يلهو أو يسهو و لا يُكِبّ ، لم يُحتمل هٰذا ، وفي كل واحد من التلقين والتلقن عُرفٌ متبع بين طرفي الإغفال ، ونهاية الإقبال .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : تحكم .
(٣) في الأصل : ينشرم (ولا معنىٰ لها) .
(٤) في الأصل : « أبين » .

فَرْعٌ : ٨٣٧٢ـ إذا أصدق امرأته تعليم الفُحش من الأشعار ، والخَنا في الحكايات ، فهٰذا الإصداق فاسد ، ولو أصدقها تعليم ما يجوز تعليمه جاز .

وإذا أصدق الذمي الذمية تعليم التوراة والإنجيل ، فهٰذا عندنا كما إذا أصدقها الخمر والخنزير ، فإنَّ تعليم التوراة وتعلّمَها غير سائغ ، وإنْ ترجمت التوراة بلسان نعرفها ، ولم يكن فيها ما ننكره ، فهو كسائر أنواع الكلام .

وقد نجز القول في تعليمِ القرآن وأَصْدِقَتِه وما يتعلق به .

٨٣٧٣ـ فأما القول في ردِّ الآبق ؛ فإن كان مكانُه مجهولاً ، فالاستئجار علىٰ رده باطل/ ، وتصح معاملة الجِعالة في رد الإباق ، والسبب في ذلك مسيس الحاجة ، ثم احتملت الجهالةُ في الجِعالة جوازَها ، وعورضت الجهالة بالتمكن من الفسخ متىٰ شاء . ي ١٢٠

وإذا أثبت ردّ الآبق صداقاً ، فيجب أن يكون موضع العبد معلوماً ، بحيث يجوز الاستئجار علىٰ رده ؛ فإن ردَّ الآبق ـ لو أُثبت على الجهالة صداقاً ـ ، لثبت لازماً ؛ فإنَّ الصداق لا يثبت جائزاً ، ولو ثبت على اللزوم بعُد عن قبول الجهالة ، لما نبهنا عليه من أنَّ سبب احتمال الجهالة في الجعالة ما ثبتت المعاملة عليه من الجواز ، فهٰذا هو الغرض من جعل رد الآبق صداقاً .

٨٣٧٤ـ [فأما][1] جعل خياطة الثوب صداقاً فبيّن ، والوجه إثباتها بحيث يجوز الاستئجار عليها ، كما تمهد .

٨٣٧٥ـ ثم إنَّا نذكر بعد هٰذه الفصول الثلاثة في تعليم القرآن ، ورد الآبق ، وخياطة الثوب ، نوعين من الكلام : **أحدهما** ـ في توفية هٰذه المسميات على الكمال ، مع فرض الطلاق قبل المسيس .

والثاني ـ في طريان الطلاق قبل توفية هٰذه الحقوق ، ويَعترض في أثناء الكلام تأكّدُ المهر وتقرره بالمسيس قبل توفية المسميات . وإن أحببنا أفردناه بالذكر .

---

(١) في الأصل : ما .

فأمّا إذا أوفر ما سمّىٰ ، فعلّم ما كان شَرَطَ ، أو ردّ الآبق ، أو خاط الثوب ، ثم طلقها قبل المسيس ، فسيأتي ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ في مسائل الصداق أنَّ الطلاق قبل المسيس مشطِّرٌ .

فإن كانت العين المصْدَقةُ باقيةً ، ارتد شَطْرها إلى الزوج ، فإن كانت فائتةً نُظر ، فإن كانت من ذوات الأمثال غرِمت للزوج مثلَ نصف ما قبضت ، وإن كانت من ذوات القيم ، غرِمت له نصف القيمة ، علىٰ ما سيأتي شرح ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

فنقول : [ليس][1] التعليم ، ولا الرد ، ولا الخياطة مما يمكن فرض رجوع نصفه إلى الزوج ، فنَجعلُ هـٰذه المسميات كالعين المقبوضة الفائتة ، وهي من ذوات القيم ، وقِيَمُ المنافع أجرتُها ، فيغرم الزوج ـ إذا طلق قبل المسيس في جميع هـٰذه المسائل ـ نصف الأجرة . وقد انفصل الغرض .

[وأما][2] إذا طلقها قبل المسيس ، وما كان وفّىٰ شيئاً مما سمّىٰ في الفصول الثلاثة ؛ فنقول أولاً : رد العبيد لا يتبعض ؛ فإنَّ ردَّه إلىٰ بعض الطريق ضائع .

وقال **الأئمة** : الخياطة لا يتبعض أيضاً ، وألحقوا به التعليم ، وقطعوا في الطرق بأنه لا يتبعض ، وفائدة امتناع التبعض في هـٰذه الأشياء أنَّا لا نُلزم الزوج توفيةَ الجميع علىٰ أن تغرم له نصفَ القيمة . هـٰذا لا سبيل إليه ، وقد اعتقدنا امتناع التبعيض/ . ١٢٠ ش

فينتظم من ذلك كلِّه الحكمُ بتعذر توفية الصداق ، فصار كما لو أصدق امرأته عبداً ، وتلف في يده ، ثم طلقها قبل المسيس ، ولو جرىٰ ذلك ، لكان فيما يلزمه[3] في مقابلة نصف الصداق لزوجته **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يلزمه نصف القيمة ، **والثاني** ـ أنه يلزمه نصف مهر المثل ، وحقيقة هـٰذين القولين سرُّ كتاب الصداق ومرجوعُ المسائل . وسنصدّر الباب المعقود إثر هـٰذا ببيان ذلك ، إن شاء الله تعالىٰ .

٨٣٧٦ـ والذي يبقىٰ من المباحثة في الفصل ، تقدير التعذر في التبعيض ، فنقول :

---

(١) في الأصل : أليس .
(٢) في الأصل : وما .
(٣) في الأصل : فيما لم يلزمه .

إذا كان أصدقها تعليم سورة ، فالوصول إلىٰ درك نصفها عسر ، وإن تكلف متكلف عدَّ الحرفِ وتنزيلَ الشَّطر عليه ، فماذا يصنع بنظم الكلام ، وهو علىٰ تفاوت بيِّن ؟ وفيه من اليسر والعُسر في التلقين والتلقن ؛ فيتعذر ضبطُ هـٰذا ودركُ نصفه .

وكذلك القول في خياطة بعض الثوب ، وردِّ العبد إلىٰ بعض الطريق .

فلو فَرَض فارضٌ خياطة لا [تعاريج][1] فيها ، في دروزٍ[2] مستقيمة [ويقع الاكتفاء بشَطْرها ، بأن يشبكها كضِفَّتي ملاءة تؤلفان][3] ، فالتنصيف في هـٰذا مُدرَك .

وقد ينتفع صاحب العبد برده إلىٰ نصف الطريق ، وتسليمه إلىٰ موثوق به من [أصحابها][4] .

وإذا فرض الفارض ذلك ، أو تعليمَ سورة سهلة المأخذ من المفصّل ، كسورة

---

(١) كذا قدّرناها مع أنها رسمت هـٰكذا [نعارت] . والذي سوّغ لنا هـٰذا التقدير هو رعاية المقابلة مع كلمة : (دروز مستقيمة) .

(٢) دروز مستقيمة : الدروز جمع دَرْز ، والدّرز موضع الخياطة ، والدّرزي : الخياط (المعجم) والمعنىٰ هنا أن الخياطة المستأجر عليها تكون في خطوط مستقيمة .

(٣) هـٰذه العبارة بين المعقفين فيها تصرف غير معهود منّا ، فقد أخذنا أنفسنا بأن نقيم العبارات غير المقروءة ، والمصحفة والمحرفة بأقرب صورة لألفاظها وكلماتها ، بل وما بقي من ظلالها وأطراف حروفها ، عندما تطمس أو تنمحي ؛ وذلك حتىٰ يبقى الباب مفتوحاً لمن يلهمه الله ؛ فيقرأ هـٰذه الكلمات القراءة الصحيحة التي أرادها المؤلف ، والتي لم نُعَن نحن علىٰ قراءتها . ومن أجل هـٰذا نَصِفُ شكل الكلمات ، وكيف رسمت ، وكيف نُقِطت ، مع وعدٍ ـ إن شاء الله ـ أن نصوّرها من المخطوط ونضعها في قائمة خاصة بآخر الكتاب ، هـٰذا مع العلم بأن هـٰذه الكلمات كثيراً ما تقل درجة وضوحها حتىٰ يصعب تصويرها وطَبْعها . والله المستعان .

هـٰذا ، وأصل هـٰذه العبارة في المخطوطة كانت هـٰكذا : « فلو فرض فارض خياطة لا (نفارت) فيها ، في دروز مستقيمة وقع الاكتفاء بشرطا وللشكها كضفي ملكه مؤلفان ، فالتنصيف في هـٰذا مدرك » ا . هـ .

فهنا عدّلنا كلمة (وقع) إلىٰ : ويقع . وغيرنا كلمات (بشرط) إلىٰ : بشطرها ، و(ينشبك) إلىٰ بأن يشبكها . فكأن (الألف) في شرطا تكون مع النون التي اتصلت خطأً بالكلمة بعدها ، كأنهما يكونان كلمة (أن) ، وأما كلمة (ملكة) فهي إما محرفة عن كلّة ، أو هي اسم غير عربي لنوعٍ من ملابس ذلك العصر ، ولذا غيرنا إلىٰ : مُلاءة . والله أعلم . (انظر صورة العبارة كلها عسىٰ أن يلهمك الله قراءتها) .

(٤) في الأصل : « أصحابنا » وهو سبق قلمٍ لا شك والمراد أصحاب الزوجة .

الرحمـٰن وغيرها مما يتخيره الإنسان بعد وضوح الغرض ، فقد يقرب دَرْكُ التنصيف . وإذا أُضيف ما ذكرناه إلىٰ تفاوت الناس في جودة الحفظ والبلادة ، كان هـٰذا أقربَ محتملاً وأسهلَ مُدركاً مما ذكرناه .

ولم يتعرض **الأصحاب** لذلك كما تقدم ، وأطلقوا القول بأنَّ هـٰذه الأشياء لا تقبل التنصيف ، والوجه عندنا حمل كلام **الأصحاب** [علىٰ][1] الغالب ؛ فإنَّ الخياطة يغلب فرضها في القمصان والجباب والأقبية[2] ، وما في معانيها ، والتعليم يفرض في حزب من القرآن ، فإن تكلف متكلف الفرض في الصور التي ذكرناها ، لم يخف المصير إلىٰ إمكان التشطير .

ثم القول في الرد بالخياطة ـ إن اعتقدنا إمكان التشطير ـ بيّن .

٨٣٧٧ـ والقول في تعليم النصف مما سَمَّىٰ صداقاً يتعلق بأصلٍ آخر ، وهو أنَّ النكاح إذا تقيد بالمسيس وتقرر المسمىٰ به ، وما كان علَّمها شيئاً ، فإذا حَرُمَتْ عليه ، وكان لا يتأتى التعليم إلا مع التعرض للفتنة ؛ فهـٰذا صداقٌ تعذر تسليمه ، وإن أمكن التعليم [من][3] وراء حجاب من غير تعرض للفتنة ، فالتسليم ممكن ، فيقع القول في الشطر علىٰ هـٰذا النحو .

وتمام البيان أنه إذا تعذَّر تعليمها ، فجاءت بغلام ، وأحلَّته محل نفسها ، ورضيت بأن يعلمه ، فهـٰذا يتصل بما قدمناه من أنَّ ما به استيفاء المنفعة هل يُبْدَل ؟ وقد مضىٰ موضحاً مُفَصَّلاً .

* * *

---

(١) في الأصل : عن . والمراد أصحاب الزوجة .

(٢) الأقبية : جمع قَباء .

(٣) زيادة من المحقق .

ي ١٢١

/ باب
صداق ما يزيد وينقص

قال الشافعي : « وكلّ ما أصدقها ، فملكته بالعقد ، وضمنته بالدفع ؛ فلها زيادته وعليها نقصانه . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٣٧٨ـ مذهب **الشافعي** ومعظم العلماء أنَّ النكاح إذا انعقد مشتملاً علىٰ مسمًّى صحيح ، فإنه يتضمن إثبات ملك جميع الصداق لها ، ولا يتوقف ملكُها الصداقَ على المسيس ، كما لا يتوقف ملكُ الزوج كلَّ البضع .

ثم لو فرض الطلاق قبل الدخول ، تشطَّر من وقت الطلاق الصداقُ ، من غير إسناد[٢] ولا تبيُّن ، كما سيأتي ذلك مشروحاً ، إن شاء الله عز وجل .

وقال **مالك**[٣] : لا تملك المرأة بالنكاح إلاَّ نصف المهر ، وتملك النصف الثاني بالدخول .

فإذا تمهد ما ذكرناه ، وقد أصدق الزوج امرأته عيناً من الأعيان ، ولم يُسلِّمها إليها ، فالصداق مضمون على الزوج قبل التسليم .

٨٣٧٩ـ وفي كيفية الضمان **قولان** منصوصان في مسائل (**السواد**)[٤] : **أحدهما** ـ أنَّ الزوج يضمنه ضمان العقد ؛ لأنه عوض في معاوضة ، وكان مضموناً ضمان الأعواض ، كالثمن في البيع .

والقول الثاني ـ أنَّ الزوج يضمنه ضمان اليد كالمستام والمستعير ونحوهما .

---

(١) ر . المختصر : ١٩/٤ .

(٢) سبق شرح الإسناد والتبين أكثر من مرة ، وبإيجاز شديد هو وقوع الحكم الآن مستنداً إلىٰ سبب سبق ، أو تبيناه بعدُ .

(٣) ر . الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف : ٧١٦/٢ مسألة رقم : ١٢٩٥ ، وجواهر الإكليل : ٣٠٨/١ ، وفيهما أن المهر لا يتقرر إلا بالدخول ، وليس فيهما إشارة إلىٰ تقرر نصفه .

(٤) السواد : هو مختصر المزني ، كما تكرر أكثر من مرة .

توجيه القولين : من قال : إنه يَضمن الصداق ضمانَ الأعواض ، احتج بأنَّ الصداق عِوضٌ ، كما تقرر في صدر الكتاب ، ولم يُثبت مقتضى الضمان سوى العقدِ ؛ فيجب إثباتُ ضمان العقود .

ومن قال : إنه مضمون باليد ، احتج بأن قال : الصداق إذا تلف في يد الزوج قبل تسليمه ، فالنكاح لا ينفسخ بتلف الصداق ، والبضع هو المعوَّض ـ إن كان الصداق عوضاً ـ ويبعد جريان الانفساخ في المعاوضات في أحد العوضين [دون الآخر][1] .

وحقيقة القولين ترجع إلىٰ أنَّا إن قضينا بكون الصداق مضموناً ضمان العقود ، فعقد الصداق علىٰ هـٰذا ينفسخ ، كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض .

ثم مِن حُكم انفساخِ البيعِ بهـٰذه الجهة : أنَّ الثمن إن أمكن استرداده يُسترد ، وإن كان فائتاً يُسترد بدلُه مِثلاً إن كان من ذوات الأمثال ، أو قيمتُه إن كان من ذوات القيمة . كذلك إذا حكمنا بانفساخ عقد الصداق ، فارتداد البضع غيرُ ممكن ؛ للإجماع علىٰ بقاء النكاح ، وإذا امتنع ارتداد البضع ، ثبت بدلُه ، وبدلُ البضع قيمته ، وهي مهر المثل . فهـٰذا تحقيق هـٰذا القول .

ومن قال : الصداق لا يُضمن ضمانَ العقود ؛ فما يعضد جانبَه أنَّ الصداق والبضع لا يتقابلان تقابل الأعواض ؛ ولذلك لم يكن الصداق ركناً في النكاح ، ثم عقدُ الصداق لا ينفسخ عند هـٰذا القائل كما ينفسخ النكاح ، بل يقال : تسليم الصداق مستحَق على الزوج ، فإذا فات تسليم العين ، خَلَفتها القيمة ، ويجب تسليمها .

ومما يتعلق به هـٰذا/ القائل : أنَّ البضع مملوك للزوج [فيبعد][2] أن يتقوّم عليه البضع الذي هو حقه وملكه ؛ فكان الرجوع إلىٰ قيمة العوض أولىٰ من الرجوع إلىٰ قيمة الملك . ١٢١ ش

وإنما تردد القول فيما ذكرناه ؛ من جهة أنَّ الصداق لا يخرُج عن الأعواض ، وليس هو علىٰ حقائقها ، ومست الحاجة عند فرض تلف الصداق إلىٰ إثبات شيء على

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : يبعد (بدون الفاء) .

الزوج ، فاقتضىٰ أحد القولين التشبيهَ بضمان العقود التي تنفسخ من الجانبين ، وإن كان النكاح لا ينفسخ . واقتضى القول الثاني التشبيهَ بضمان ما ليس عوضاً ، وإن كان الصداق عوضاً ، ورجع إلىٰ إثبات الأَوْلىٰ من قيمة البضع أو قيمة الصداق . وسنوضح هـٰذا بأبلغ من ذلك في أثناء الفصل ، إن شاء الله عز وجل .

٨٣٨٠ـ والذي نراه الآن تعجيل مقدار من التفريع على القولين يتمهد به فهمهما ، فنقول : إن حكمنا بأنَّ الصداق مضمون ضمان العقد ، فإذا تَلِف في يد الزوج ، انقلب إلىٰ ملكه قُبيل التلف ، وقُضي بأنه باق علىٰ ملكه ، وإن كان عبداً ، فعليه مؤنة التجهيز ، وهـٰذا بمثابة المبيع يتلف في يد البائع ، ونقضي بانفساخ البيع ، [هـٰذا ، ومما][(١)] يتفرع علىٰ هـٰذا القول أنَّ المرأة لو أرادت أن تتصرف في الصداق قبل القبض بالبيع ، لم يصح ذلك منها ، كما لا يصح بيع المبيع قبل القبض ؛ فإنَّ الصداق علىٰ هـٰذا القول مضمون بالعقد ضمان الأعواض ، فلو باعته ، لضمنت ، [ولأدّىٰ إلىٰ][(٢)] أن تكون العين الواحدة [مضمونة][(٣)] لها وعليها ، وهـٰذا يُفضي إلىٰ توالي الضمانين ، وعليه مُنع بيع المبيع قبل التسليم .

وإن فرعنا على القول الثاني ، فإنَّ بيعها ينفذ في الصداق قبل التسليم ، كما ينفذ بيع [المُعير][(٤)] في العين المستعارة ؛ فإنَّ ضمان اليد لا يجانس ضمان العقد ، فلا يفضي تنفيذ بيعها إلىٰ توالي ضماني عقدين .

وإذا تلف الصداق في يد الزوج ، فإنَّه يتلف ملكاً لها ، وإن كان عبداً ، فعليها التجهيز[(٥)] ، والقول في ذلك كالقول في العبد المستعار يتلف في يد المستعير .

٨٣٨١ـ ثم إذا حكمنا بأنَّ الصداق مضمون ضمان اليد ، وقد تلف ، فإنْ كان من ذوات الأمثال ، فعلى الزوج مِثلُه لزوجته ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمتُه .

---

(١) في الأصل : وهـٰذا مما يتفرع .
(٢) في الأصل : والأولىٰ أن تكون .
(٣) في الأصل : مضمون ، وهـٰذا أثر من آثار عجمة قديمة عند الناسخ . أو من تسرّعه .
(٤) في الأصل : المعين .
(٥) أي إذا مات .

ثم اختلف قول **الشافعي** ، فذكر في مسائل الباب **قولين في كيفية اعتبار القيمة** :

أحدهما ـ أنَّ الزوج يضمنه ضمان الغصوب ، فعليه أقصى القيمة من يوم الإصداق إلىٰ يوم التلف ، قياساً على الغصب .

والقول الثاني ـ إنه يضمن الصداق بقيمته يوم الإصداق . ووراء ذلك سرٌّ عظيم ، هو مركز الفصل ، فليكن هـٰذا علىٰ ذُكْر الناظر حتىٰ ينتهي إليه .

وقد اختلف قول **الشافعي** في أنَّ العين المضمونة على المستام علىٰ أي وجه تضمن ؟ فقال في قول/ : تضمن ضمان الغصوب[1] . وقال في قول : إنها تضمن بقيمة يوم القبض . ولا يُجري في المستام إلاَّ هـٰذين القولين . ١٢٢ ي

وفي المستعير هـٰذان القولان أيضاً ، وقولٌ ثالث ـ وهو أنَّ الاعتبار بقيمة يوم التلف إذا[2] ؛ لم يجر فيه من المستعير عدوان . وهـٰذا القول يجري في المستعير ؛ من جهة أنَّا لو اعتبرنا قيمةَ يوم القبض ، والمستعارُ ثوب مثلاً ، فالأجزاء التي انسحقت بالبِلي إلىٰ يوم التلف لا تكون مضمونة على الرأي الظاهر ، فلو اعتبرنا قيمةَ يوم القبض ، لأدخلنا تلك الأجزاء في الضمان . وإن قلنا نعتبر قيمة الثوب منسحقاً يوم القبض ، عَسُر ذلك ، فتعين وقتُ التلف ، وقيمةُ الثوب علىٰ ما يصادَف عليه .

وهـٰذا ليس بمَرضيّ ؛ فإنَّا إن ألحقنا هـٰذه الأيدي بيد الغاصب ، فهو قياس متجه ؛ من قِبل أنَّ العين موصوفة بالضمان في كل وقت ؛ فلا معنىٰ لتخصيص وقت بالاعتبار ، وهـٰذا يفضي إلىٰ إلزام الأقصىٰ ، ولا فرق بين الغاصب والمشبه به إلاَّ في المأثم .

وتحقيق ذلك أن وجوب ضمان الرد يجمعهما ، فهـٰذا وجه .

وإن لم نعتبر الأقصىٰ في القول الثاني ، فلا وجه إلاَّ أن نقول : كما[3] تثبت اليد يثبت الضمان ، فنتمسك بأول معتبر ، حتىٰ كأن القبض إتلاف .

وإن قال قائل : هلاَّ وجهتم اعتبار يوم التلف في الأيدي كلِّها ؛ لأنَّ رد العين بالتلف

(١) أي أقصى القيم من يوم القبض إلىٰ يوم التلف .

(٢) « إذا » : بمعنىٰ (إذْ) .

(٣) « كما » : بمعنىٰ (عندما) .

يفوت ، والقيمة تلوُ العين وبدلُها ؟ قلنا : هـٰذا يوجب نفي الضمان قبل التلف ، وقد أجمع المسلمون علىٰ أنَّ العين مضمونة قبل التلف على القابض ، فيستحيل قصر الضمان علىٰ وقت التلف ، ويستحيل تأخيرها عن أول وقت الحكم بالضمان ، وقد ذكرت قولاً بالغاً في هـٰذا في كتاب العاريّة ، واستوعبت ما قاله **الأصحاب** ، وأتبعته بالبحث ، على العادة .

وغرضنا الآن في الصداق إجراء القولين في اعتبار القيمة ، **أحدهما** ـ أنَّا نعتبر يوم الإصداق ، وفي هـٰذا مزيد [نظر][1] يقتضي تعيين يوم الإصداق ، كما سنذكر الآن ، إن شاء الله عز وجل .

٨٣٨٢ـ ثم فرَّع **الأصحاب** علىٰ هـٰذين القولين حكمَ الضمان في الزوائد التي تحدث في يد الزوج : المتصلة منها والمنفصلة . وقالوا : إن حكمنا بأنَّ الصداق مضمون ضمان الغصوب ، فالزوائد بجملتها تدخل في ضمان الزوج ـ قياساً على الغاصب ـ مع ما يحدث في يده من الزوائد . وإن قلنا : لا يضمن الزوج ضمان الغصوب ، فالزوائد لا تكون مضمونة عليه ، وهي بمثابة الثوب تطيره الريح ، فتلقيه في دار إنسان .

ومما فرّعه **الأصحاب** : أنَّ الزوج إذا انتفع بالصداق ، فإن قلنا : إنه مضمون عليه ضمان اليد ، فيلزمه/ أجر المثل . وعلىٰ هـٰذا القول ، لو لم يستعمله وطال مكثه في يده ، فالضمان يخرج علىٰ قولي الغصب ونفيه ، فإن أثبتنا ضمان الغصوب ضَمَّنّا الزوجَ المنافعَ ، كصنيعنا بالغاصب . (ش ١٢٢)

وإن قلنا : لا يضمن الزوج ضمان الغصوب ، فالمنافع التي تفوت من غير تفويته ، بمثابة الزوائد التي تحدث وتفوت .

وإن فرّعنا علىٰ أنَّ الصداق مضمون ضمان العقد ، فالمنافع التي تفوت لا تكون مضمونة على الزوج ، وكذلك ما يفوت من المنافع في يد البائع لا يكون مضموناً عليه . وإن انتفع الزوج بالصداق ـ علىٰ قولنا : إنه مضمون ضمان العقد ـ فهو كما لو انتفع البائع بالمبيع ، وإن اتفق ذلك ، ففي وجوب الأجر عليه جوابان مبنيان علىٰ أنَّ

---

(١) زيادة لإيضاح الكلام .

جناية البائع على المبيع ، بمنزلة آفة سماوية ، أو هي كجناية أجنبي ؟ وفيه **قولان** : فإن جعلناها كالآفة ، لم يجب الأجر ، وإن جعلناها كالجناية[١] ، وجب الأجر بسبب الاستعمال .

وهٰذا جوابنا في الزوج إذا قلنا : ضمان الصداق ضمان العقود . فهٰذا تأسيس القولين وبيانهما بالتفريع في عقد الباب .

٨٣٨٣ـ ومما أذكره ـ وبه يحصل تمام البيان ـ أنَّ الرجل إذا أصدق امرأته عبداً عيّنه ، فخرج مُسْتَحَقّاً مغصوباً ، ففيما يجب مهراً **قولان** : **أحدهما** ـ أنَّ الواجب مهر المثل .

والثاني ـ أنَّ الواجب قيمة ذلك العبد المُصْدَقِ .

وهٰذا الاختلاف متلقًّىٰ مما قدمناه من اختلاف القول في تلف الصداق .

وتحقيق القول فيه ، أنَّ الصداق إذا تلف ، وقلنا : الواجب قيمته ، فقد أبقينا عقد الصداق ، كما أوضحنا فيما سبق ، وإن كانت العين فائتة ، فإذا استقل عقد الصداق دواماً والعين فائتة ؛ نزولاً علىٰ قيمة العين وماليتها ، انعقد العقد على المالية ابتداءً ، وإن لم يعتمد عيناً مملوكة . وآية ذلك ، وفيه السر الموعود في أنَّا نعتبر يوم الإصداق ـ أنَّا نقدر أن العين لم تكن ، والإصداق ورد على القيمة ، والقيمة المسلَّمة هي الصداق ، على القول الذي نفرِّع عليه .

وإن حكمنا بأنَّ العقد ينفسخ بتلف الصداق ، فلا بقاء إذاً للعقد من غير ارتباطٍ بعين ، فلذلك يفسد الإصداقُ ابتداءً ، ويجب الرجوع إلىٰ مهر المثل .

وكنت أود لو [قصروا][٢] التلف على القولين كما مضىٰ ، وقطعوا القول بأنَّ الصداق إذا خرج مستحَقاً ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ فإنَّ صداق المغصوب فاسد ؛ من جهة أنه لا متعلق له ، وليس كما إذا ثبت الصداق ، ثم تلف ؛ فإنَّ التردد في الرجوع يُحمل علىٰ محاملَ ذكرناها .

---

(١) أي جناية الأجنبي .
(٢) في الأصل : قصر .

ي ١٢٣ ولـٰكن أطبق **الأصحاب** علىٰ ما ذكرته من إجراء القولين/ في الابتداء ، والتصريح بأحدهما من التلف في الانتهاء .

٨٣٨٤ـ وأنا أذكر الممكن وراء هـٰذا ، فأقول : النكاح لا يفسد بفساد الصداق ، كما لا ينفسخ بتلف الصداق ، فإذا فُرض في ابتداء النكاح [تسميةٌ][1] متعلقة بمغصوب ، فقد اتفق العلماء علىٰ إثبات عوض ، والعين لم تثبت ، ولم يقصد المتعاقدان إثبات قيمة البضع ، وإنما جرّدوا قصدَهما إلىٰ إثبات هـٰذا العوض المسمّىٰ ، فرجع حاصل الخلاف إلىٰ أنَّ أحد القائلَيْن يقول : إثبات بدل المسمىٰ أقرب ؛ فإنهما رضيا به ماليةً ، وقدراً ، وعسر إثبات [عينه][2] ، ولو أثبتنا مهر المثل ، لكان إثباتَ ما لم يقصداه .

والقائل الثاني يقول : نأخذ من [تسميتهما][3] قصدَ العوض وعدمَ الرضا بالتفويض ، ويفسد ما تعرضا له . ونقول : كأنَّ التسمية لم تكن ، واضطررنا إلىٰ إثبات عوض ، وكان إثباتُ قيمة البضع أقربَ .

وهـٰذان القولان يجريان في الخُلع ، والمصالحة عن دم العمد ، فإنهما لا يفسدان بفساد العوض ، كالنكاح . فإذا جرىٰ ذكر عوض فاسد ، وامتنع إثباته ، ففي قولٍ يثبت بدل ذلك العوض ، ويُجعل ذكر العوض التزاماً ، وفي قولٍ يُرجع إلىٰ قيمة المقصود ، إمَّا مهر المثل ، وإما الدية في المصالحة عن الدم .

٨٣٨٥ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا عَيّنا عبداً ، فخرج مغصوباً ، فأما إذا خرج المعيّن حراً ، فقد أجمع **الأئمة** علىٰ تنزيل ذلك بمنزلة ما لو خرج عبداً مغصوباً . وطردوا [القولين][4] فيما يجب : **أحدهما** ـ أنَّ الواجب مهر المثل . **والثاني** ـ أنَّ الواجب قيمة ذلك الشخص لو قُدِّر رقيقاً .

---

(١) في الأصل : قسمة .

(٢) في الأصل : « عينها » والضمير عائد على المسمىٰ ، كما هو واضح .

(٣) في الأصل : تسميتها .

(٤) في الأصل : القول .

وهاهنا يجب أن يتثبّت الناظر .

قال **الشيخ أبو بكر** في مجموعه ، **والقاضي** في [طريقته](١) : إنما نُجري القولين إذا لم تفسد العبارة ، فأما إذا فسدت ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل قولاً واحداً .

وبيان ذلك أنه لو قال : « أصدقتها هـٰذا الحر » . فاللفظ فاسد ، والعقد لا ينعقد باللفظ الفاسد ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل . وإنما محل القولين فيه إذا قال : « أصدقتكِ هـٰذا العبد » ، وهـٰذا يُضعف القولين فيه إذا قال : أصدقتكِ هـٰذا العبد ، فإذا تبيّنا بالأَخَرَة أنَّ اللفظ فاسد إذا بان ذلك الشخص حراً ، ولا حكم للظنون بعد التبين ، وتسمية الحر عبداً فاسد ، ولم يَرِد العقد علىٰ عبد مرسل .

قال **شيخي أبو محمد** : هـٰذا له التفات علىٰ مخالفة [اللفظ](٢) الإشارةَ في مثل قول القائل : « بعتك هـٰذه الرَّمَكَة » ، فإذا المشار إليه بقرة ، فإنَّ من **أصحابنا** من يغلِّب الإشارة ويُصحح البيع ، ومنهم من يغلّب العبارة ويفسدها . فإذا قال : أصدقتكِ هـٰذا العبد ، فالعبارة صحيحة/ ، والمشار إليه فاسد غير صالح للعوضية . ١٢٣ ش

وهـٰذا الذي ذكره لا يشفي الغليل . وذلك أنَّ المشار إليه إذا فسد ، فيجب تنزيل العبارة علىٰ حكم الفساد ، والخلاف الذي ذكره ، فيه إذا اقتضت الإشارة تصحيحاً لو فرض الاقتصار عليها ، والعبارة تخالف الإشارة ، فمن **الأصحاب** من يُحبِط العبارة ويغلِّب الإشارة .

وحاصل ما ذكره **الأصحاب** ـ بعد ما ذكرناه من وجوه الإشكال ـ أنه لو قال : « أصدقتكِ هـٰذا الحر » ؛ فالرجوع إلىٰ مهر المثل قولاً واحداً .

وإذا قال : « أصدقتكِ هـٰذا العبدَ » ـ وهو حر ـ **فقولان** . هـٰذا منتهى الإمكان .

٨٣٨٦ـ ولو قال : « أصدقتك هـٰذا العصير » ، فتبين أنه خمر ، أو قال : « أصدقتك هـٰذه النعجة » ، فإذا هي خنزير ؛ فقد اضطرب طرق **الأئمة** . فالذي قطع به **شيخي** وطائفة من **الأصحاب** : أنَّا نحكم بالرجوع إلىٰ مهر المثل قولاً واحداً من غير

---

(١) في الأصل : طريقه .
(٢) في الأصل : مخالفة لفظ الإشارة .

تفصيل ، ولا ننظر إلى العبارة ما اشتملت عليه ، وذلك لأنَّ الخنزير لا يقبل التقويم ، وكذلك الخمر ، فلو قوّمناهما ، لاستحال ، ولو قدرناهما نعجة وعصيراً ، كان هـٰذا [تقريراً][1] لتقدير الصفة الخِلْقية ، وليس كالرق نقدره في الحر ؛ فإنه حكم ، والتقدير أن يحتمل تقدير الحكم ، فأما أن يبنىٰ علىٰ تغيير الخلق ، فهـٰذا لا سبيل إليه ، فصار تعذر التقويم في الخمر والخنزير بمثابة [تعذر][2] التقويم في المجهول ، ولا خلاف أنَّ من أصدق امرأته مجهولاً ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل .

٨٣٨٧ـ **وذهب القاضي والصيدلاني** إلىٰ إجراء القولين في الخمر والخنزير ، ثم بنىٰ هـٰؤلاء مسلكهم على العبارة ؛ فقالوا : إذا قال : « أصدقتكِ العصير » ، وهو من ذوات الأمثال ، فخرج خمراً ، ففي قولٍ نوجب مهر المثل ، وفي قولٍ نوجب مثل العصير .

وإن قال : « أصدقتكِ هـٰذه الخمر » ، فاللفظ فاسد علىٰ رأيهم ، والرجوع إلىٰ مهر المثل . وعند ذلك تتفق الطرق .

ولست أدري ما يقوله هـٰؤلاء فيه إذا قال : « أصدقتكِ هـٰذا » ، واللفظ لا فساد فيه ، ولم يجر فيه ما نعتمده في تقويمٍ أو اعتبارِ مِثْلٍ ، والخمرة لا تتقوم ، فيظهر هاهنا أن ذلك ينزّل منزلة قوله : « أصدقتكِ هـٰذا الخمر » ؛ فإنا لو لم نقل به ، لم يمكننا أن نعتبر الخمر بالعصير ، ولو فعلنا توجَّه أن نعتبرها خلاً ، ولا ضبط .

ويبعد أن تُعتبر قيمتها عند من يرىٰ لها قيمة ـ كما صار إليه بعض **الأصحاب** في أنكحة أهل الذمة إذا اتصلت بالإسلام ، وقد جرى القبض في بعض الخمور المجعولة صداقاً .

وكل ذلك خبطٌ في هـٰذا المقام ، والوجهُ : القطع بالرجوع إلىٰ مهر المثل في تسمية الخمر ، وفي الإشارة المطلقة ، وليس كالإشارة المطلقة إلى الحر/ ؛ فإنّه قد يتجه تنزيلها منزلة قوله : « أصدقتكِ هـٰذا العبد » فإنَّ تقويم الحر ممكن علىٰ حال . ي ١٢٤

(١) في الأصل : تقديراً .
(٢) في الأصل : تعذير .

ومن لطيف ما يجب التعرض له : أنه إذا قال : « أصدقتكِ هـٰذا العصير » ، فإذا الخمرُ مشوبةٌ بالماء ، فنعتبر عصيراً علىٰ قدرها . والجملة أنَّا نقدر تلك الشدة حلاوة ، إذ لو لم نفعل هـٰذا ، فالعصير مجهول ، نص علىٰ ما ذكرتُه **الصيدلاني** .

وعلىٰ هـٰذا قد لا يكون العصير من ذوات الأمثال ، فالرجوع إلى القيمة .

٨٣٨٨ـ ووراء هـٰذا غائلة ، وهي : أنه إن انقدح في الخمر والعصير ما ذكرناه ، [فما](١) وجهه في الشاة والخنزير ، وأنه شاةٌ ترعى ؟ وكيف التقريب بين الشاة والخنزير ؟ فإن فُهِم إبدال الشدة بالحلاوة في الخمر ، وتقدير العصير ؛ فكيف السبيل في الشاة والخنزير ؟ وهـٰذا وضَّح أنَّ الوجه : القطع بأنَّ الرجوع إلىٰ مهر المثل .

فهـٰذا منتهىٰ ما أردنا أن نذكره في حقيقة القولين في أنَّ الصداق مضمون بالعقد [أو](٢) باليد .

ورجع حاصل الكلام في الفوات الطارىء والفساد المقترن : أنَّ التقويم إن أمكن ، فقولان : **أحدهما** ـ أنَّ الرجوع إلىٰ مهر المثل .

والثاني ـ أنَّ الرجوع إلى القيمة . والحر مما يمكن تقدير تقويمه ، والمجهول لا يمكن تقويمه ، فإذا اضطررنا إلىٰ إثبات عوض ، فلا طريق إلاَّ الرجوع إلىٰ مهر المثل .

وإن فرّعنا علىٰ أنَّ الصداق مضمون باليد [ففي](٣) الخمر والخنزير التردد الذي حكيناه .

ولا خلاف أنَّ الشقص إذا أُثبت [صداقاً](٤) ، فالشفيع لا يأخذه بقيمته ، وإن رجعنا في التفاصيل التي ذكرناها إلىٰ قيمة الصداق ؛ فإنَّ الشفيع أبداً يأخذ بعوض مقدر في مقابلة الشقص ، فبابه ينفصل عما [نحن](٥) فيه ، وهو بيِّن عند التأمل .

---

(١) في الأصل : فيما .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) في الأصل : في .
(٤) في الأصل : إصداقاً .
(٥) في الأصل : يختص .

فَصْلٌ

٨٣٨٩ـ إذا تمهّد ما ذكرناه في تمهيد القولين ، جاز بعده أن نذكر ما يلحق الصداقَ في يد الزوج من ضروب التغايير ، فنذكر تقاسيمَ جامعةً ، ونوضح في كل قسم ما يليق به ، إن شاء الله عز وجل ، فنقول :

الصداق لا يخلو : إما أن يبقىٰ علىٰ صفته حتىٰ يسلِّمه إليها ، أو يطرأ مُغيِّرٌ ، فإن بقي علىٰ هيئته حتىٰ سلمه إليها ، فقد تخلص عن العهدة ، وإن تغير ، لم يخل : إمَّا أن يتغير مع بقاء العين ، أو يتغير بالتلف .

فإن تغيّر مع بقاء العين ، لم يخل : إمَّا أن تغير بالزيادة أو تغير بالنقصان ، فإن تغير بالزيادة ، فالصداق مع الزيادة مسلمة إليها ، سواء كانت متصلة أو منفصلة .

وإن كان التغير بالنقصان ، فلا يخلو : إما أن يتغير بنقصان جزء أو نقصان صفة ، فإن تغير بنقصان صفة ، فلا يخلو : إمَّا أن ينتقص/ بآفة سماوية أو جناية ، فإن انتقص بآفة سماوية فعمِيَ ، أو عوِرَ ، أو سقطت إحدىٰ يديه ، أو هُزِل وكان سميناً ، فهـٰذا يتفرع على القولين في أنَّ الصداق مضمون بالعقد أم باليد ؟ فإن قلنا : إنه مضمون بالعقد ، فلها الخيار بين الإجازة والفسخ ، فإن فسخت ، رجعت بمهر المثل ، كالمبيع يتعيّب في يد البائع ، فإنه يرده المشتري إن شاء ويسترد الثمن . وإن أجازت ، رجعت بالصداق [معيباً][1] ولم ترجع بشيء ، كالمشتري يرضىٰ بالعيب الحادث بالمبيع .

ش ١٢٤

وإن قلنا : هو مضمون باليد ، فيثبت الخيار للمرأة أيضاً ، فإن فسخت ، رجعت بالقيمة ، وإن اختارت [أَخْذ][2] الصداق ، كان لها أن تغرّمه أرش العيب ؛ فإنَّ التفريع علىٰ أنَّ الصداق مضمون باليد ، وما كان مضموناً باليد ، فعيبه مضمون علىٰ صاحب اليد .

٨٣٩٠ـ ومما يتصل بهـٰذا المنتهىٰ أنَّ المرأة إذا اطلعت علىٰ عيب قديم ، وقلنا :

(١) في الأصل : معيناً .
(٢) في الأصل : أخذت .

إنه مضمون باليد ، فإن فسخت ، رجعت إلى القيمة ، والاعتبار بقيمة العين وهي سالمة ؛ إذ هـٰذا فائدة الفسخ .

فإن قيل : هلاّ قلتم : إنها إذا ردت الصداق بالعيب ، كان الرجوع إلىٰ مهر المثل ؟ وإن فرعنا علىٰ ضمان اليد ؛ فإنَّ التعويل في ضمان اليد علىٰ أنَّ عقد الصداق قائم لا يرتفع بتلف المهر ، والرد يتضمن الفسخ علىٰ كل حال ، فكان يجب أن يقال : إذا فسخت ، [فرجوعها][1] إلىٰ مهر المثل ؟

قلنا : هـٰذا وهم وغلط ؛ فإنا إذا أجرينا القولين في خروج المسمىٰ مغصوباً وحراً ، مع العلم بأن الحرية والاستحقاق يخلفان المعيّن عن الإصداق ، فالرد آخراً لا يزيد على اقتران الاستحقاق والحرية بالعقد أوّلاً ، هـٰذا إذا فسخت بالعيب القديم .

فأمَّا إذا أجازت ، فالمسألة محتملة في أنها هل ترجع بأرش العيب ، والتفريع علىٰ قول القيمة ، وقد تردد جواب **القاضي** فيه ، حتىٰ لم ينقل عنه جواب باتٌّ ، وسبب الاحتمال أنا إذا جعلنا الإصداق مضموناً باليد ، فَيَدُ الزوج لم تثبت إلا علىٰ معيب من وقت الإصداق ، فتغريمه الأرش ـ وقد قَنِعت المرأة بالعين ـ لا معنىٰ له ، والأوجه في العقد أن تملك تغريمه ؛ فإنها رضيت بالعين أولاً علىٰ تقدير السلامة ، فكأنها استحقتها بالعقد ، فإن تخلفت ، كان ذلك كتخلف الرق عند بُدوّ الحرية في الشخص المسمىٰ .

وكل ما ذكرناه فيه إذا انتقص الصداق بآفة سماوية .

٨٣٩١ـ فأما إذا انتقص بجناية جانٍ ، فلا يخلو : إمَّا أن ينتقص بجنايتها ، أو جناية غيرها .

فإن انتقص بجنايتها ، يسلِّم الزوجُ العينَ ناقصةً إليها ، وكانت/ بالجناية في تقدير القابضة لما نقص بالجناية . ١٢٥ ي

وإن انتقص بجناية غيرها ، فلا يخلو : إمَّا أن ينتقص بجناية أجنبي ، أو بجناية الزوج .

فإن انتقص بجناية أجنبي ، فلها الخيار على القولين ، فإن أجازت ، وقلنا :

(١) في الأصل : رجوعها .

الصداق مضمون بالعقد ، رجعت بالأرش على الأجنبي ؛ فإنه جنىٰ عليها ، ولا طَلِبة لها على الزوج . وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، وقد أجازت ، فهي بالخيار بعد الإجازة بين أن ترجع بالأرش على الأجنبي ، وبين أن ترجع به على الزوج ؛ وذلك أنَّ الصداق مضمون على الزوج ضمانَ اليد ، ثم إن غرّمت [الأجنبي][1] ، فلا رجوع له علىٰ أحد ، وإن غرمت الزوج ، رجع بما يغرَمه على الجاني الأجنبي . هٰذا إذا اختارت المرأة الإجازة ، وقدمنا الحكم علىٰ القولين فيه .

فأمَّا إذا فسخت ؛ فإن قلنا : إنه مضمون بالعقد ، رجعت بمهر المثل ، فحسب ، وردّت العبد ، ثم الزوج يرجع على الأجنبي بأرش الجناية .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فإذا فسخت ، رجعت على الزوج بالقيمة مع تقدير السلامة عن هٰذا العيب ، ثم يَتْبع الزوجُ الجانيَ بالأرش .

٨٣٩٢ـ وإن انتقص الصداق بجناية الزوج ، فإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فلها الخيار ، فإن أجازت ، أخذت العين ورجعت بالأرش ، وإن فسخت ، رجعت بالقيمة مع تقدير السلامة . وإن قلنا : الصداق مضمون بالعقد ، وقد جنى الزوج ، فهٰذا ينبني علىٰ أنَّ جناية البائع على المبيع يُنزَّل منزلة الآفة السماوية ، أو يُنَزَّل منزلة جناية الأجنبي ؟ وفيه قولان ، فإن قلنا : حكمه حكم الانتقاص بالآفة السماوية ، فقد ذكرنا حكم ذلك ، وإن قلنا : حكمه حكم الانتقاص بجناية الأجنبي ، فقد ذكرنا حكم ذلك أيضاً . وكل ذلك فيه إذا كان التغيير بنقصان الصفة .

٨٣٩٣ـ فأما إذا نقص جزءٌ من الصداق ، وذلك بأن يصدقها عبدين فيموت أحدهما ، أو [قفيزين][2] فتلف أحدهما ، فهٰذا يلتحق بفروع تفريق الصفقة ، وتخريجه علىٰ قواعد التفريق هيِّن . وظاهر المذهب أنَّ العقد لا ينفسخ في القائم ، وينفسخ في التالف . والظاهر أنها إن أجازت العقد في القائم ، أجازته بحصته من الصداق ، ولا يخفى التفريع على الآخر .

---

(١) في الأصل : للأجنبي .

(٢) في الأصل : فقيرين .

فإن قلنا : إنه مضمون بالعقد ، رجعت بحصة التالف من مهر المثل ، وإن قلنا : مضمون باليد ، رجعت بقيمة التالف .

٨٣٩٤ـ وقد أفضت بنا التقاسيم بعد نجاز القول في التغايير إلى الكلام في تلف الصداق في يد الزوج ، فنقول : إن تلف بآفة سماوية/ ، فالقولان مشهوران ، وهما أُمُّ الباب ، وإن تلف الصداق بإتلاف مُتلِف ، فلا يخلو : إمَّا أنْ يكون المتلِفُ هو المرأةُ ، أو غيرُها .

١٢٥ ش

فإن كانت هي المتلفة ، جعلناها قابضة للصداق ، وخرج الزوج عن العهدة .

وإن كان المتلف غيرَها ، لم يخل ؛ إمَّا أنْ يكون أجنبياً ، أو يتلفه الزوج . فإن كان المتلف أجنبياً ، وفرّعنا علىٰ أنَّ الصداق مضمون بالعقد ، فالمرأة بالخيار ، فإن فسخت ، رجعت على الزوج بمهر المثل ، ثم الزوج يَتْبع المتلفَ بالقيمة ، وإن أجازت ، اتّبعت المتلفَ بالقيمة ، ولا طلبةَ لها على الزوج .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فإن فسخت ، رجعت على الزوج بالقيمة ، ثم الزوج يتبع المتلِف بها ، وإن أجازت فلها الخيار بين أن ترجع على الأجنبي المتلف بالقيمة ، وبين أن ترجع على الزوج ، ثم يرجع على المتلف بما يغرم .

وإن كان المتلف هو الزوج ، وقلنا : الصداق مضمون بالعقد ، فهـٰذا يبتني على القولين في إتلاف البائع ، فإن جعلناه كالتلف بآفة سماوية ، رجعت بمهر المثل ، وإن قلنا : هو كإتلاف الأجنبي ، فقد سبق حكمه ، فإن فسخت ، رجعت بمهر المثل ، وإن أجازت رجعت بالقيمة .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، فهـٰذا يتفرع علىٰ أنه علىٰ أي وجه يضمن ؟ فإن قلنا : إنه يضمن ضمان الغصوب ، فلا فائدة لها في الفسخ ، بل لا معنىٰ للفسخ ؛ فإنها كيف فرضت الأمر ، تُغَرِّم زوجها أقصى القيم . وإن قلنا : إنه يضمن باعتبار يوم الإصداق ، فإن كانت قيمة يوم الإصداق أكثر ، فلا فائدة في الفسخ أيضاً ، ولها قيمة ذلك اليوم إذا قلنا : إتلاف البائع كالتلف بآفة سماوية .

وإن قلنا : إتلافه كإتلاف الأجنبي ، فلو لم تفسخ ، فليس لها إلا قيمته عند

الإتلاف ، وإن فسخت غرّمت الزوجَ قيمةَ يوم الإصداق .

وإن كانت القيمةُ يومَ الإصداقِ أقل ، وقلنا : جناية البائع كالتلف بالآفة السماوية ، فلا فائدة في الفسخ ؛ فإنه ليس لها إلاَّ قيمة يوم الإصداق ، فإن جعلنا التلف بجناية البائع كالمتلَف بجناية الأجنبي ، فلسنا نرىٰ لها أيضاً فائدة في الفسخ ؛ فإنها إن لم تفسخ ، غرَّمته قيمةَ يوم الإتلاف ، وهي أكثر ، وإن فسخت رجعت إلىٰ قيمة يوم الإصداق ، وهي أقل . فلا ينبغي أن نُثبت لها الفسخ ؛ إذ لا غرض فيه إلاَّ التنقيص والحط ، وليس كما لو اطلع المشتري علىٰ عيب المبيع ، وكانت قيمته أكثر من الثمن مع العيب ، فإنَّا نثبت حق الرد لاختلاف جنس الثمن والمبيع المعيب ، فقد يكون له غرض في رد المعيب . فهـٰذا ما رأيناه في ذلك .

ي ١٢٦ ٨٣٩٥ـ / ومما يتعلق بتمام البيان في هـٰذه الفصول ، أنَّ المرأة إذا طلبت الصداق ، فامتنع الزوج من تسليمه إليها حتىٰ تلف ، فالامتناع ظلم منه وعدوان ، فإذا حصل التلف في يد عادية ، فينبغي أن نجعل ذلك [كحصول][1] التلف بإتلافه ، ونقول : البائع لو منع المبيع ، فتلف في يده بعد ما وجب عليه تسليمُ المبيع ، فهو كما لو أتلفه ، [فنذكر][2] حكم المهر إذا فرض بعد العدوان بالامتناع ، ونفرّع هـٰذا على القولين في أنَّ الصداق مضمون بالعقد أم باليد ؟ فإن جعلناه مضموناً بالعقد ، فلها الخيار ، فإن فسخت رجعت بمهر المثل ، وإن أجازت ، فبالقيمة ، إذا جعلنا إتلاف الزوج كإتلاف الأجنبي .

فإن جعلنا إتلافه كالتلَف بآفة سماوية ، فلا حاجة إلى الفسخ ؛ فإنَّ الصداق ينفسخ ولها مهر المثل .

وإن قلنا : الصداق مضمون باليد ، وفرعنا علىٰ أنه يُضمن ضمان الغصوب ، فلا فائدة لترديد النظر في الفسخ والإجازة ، ولها طلب أقصى القيم .

وإن قلنا : الصداق مضمون بقيمة يوم الإصداق ، وكانت قيمة يوم الإصداق أكثر ،

---

(١) في الأصل : بحصول .
(٢) في الأصل : فذكر .

فلا فائدة أيضاً ، ولها قيمة يوم الإصداق وإن كانت أقل ، ضمن أيضاً أكثر الأمرين ، من قيمة يوم الإصداق ، ومن قيمته من يوم المنع إلىٰ يوم التلف ؛ لأنه متعدٍّ بالمنع ، فيضمن ضمان الغصب بعد المنع .

٨٣٩٦ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الصداق عيناً ، فأما إذا كان الصداق دَيناً ، فالذي يليق بهـٰذا القسم الكلامُ في جواز الاستبدال ، فإن فرّعنا علىٰ أنَّ الصداق مضمون باليد ، كان [كالقرض][1] ، فإذا كان ديناً وقيمة المتلف[2] ، فيجوز الاستبدال عنه قولاً واحداً ، فإنا إذا كنا نجعل العين المُصْدَقَة مضمونة باليد غير مضمونة بالعقد ، فنجعل الدين بمثابة ما يثبت لا علىٰ سبيل العوض .

وإن حكمنا بأنَّ الصداق مضمون بالعقد ومنعنا بيعه قبل القبض عيناً ، فإذا كان ديناً كان كالثمن ، لا كالمسلَم فيه ، وقد ذكرنا اختلاف قول **الشافعي** في جواز الاستبدال عن الأثمان .

وقد نجز الغرض من تقاسيم الفصل ، ونحن الآن نعقد فصلاً فيه إذا طلّق الزوجُ زوجته قبل المسيس وبعده ، ونذكر حكم تشطر الصداق ، وما يلحقه من التشاطير في يده أو يدها .

فَصْلٌ

٨٣٩٧ـ إذا طلّق زوجته قبل الدخول ، فقد استقر لها ملك الصداق ، فإن كانت قَبَضَتْهُ/ علىٰ ما استحقته ، فلا كلام . وإن كان في يد الزوج ، فعليه تسليمه ، فإن لحقه في يده تغيّر ، فقد تقدم القول فيه مستقصًىٰ . ١٢٦ ش

وإن طلّقها قبل المسيس ، فلا يخلو الصداق إما أن يكون عيناً أو ديناً ، فإن كان عيناً

---

(١) في الأصل : كالفرض .

(٢) كذا . والكلام مستقيمٌ بدون قوله : « وقيمة المتلَف » . فالكلام هنا في الاستبدال عما في الذمة ، لا عن مُتلَفٍ ، وقيمته أو مثله . وانظر المسألة في الشرح الكبير : ٨/ ٢٣٤ ، والروضة : ٧/ ٢٥٠ .

فالمذهب الأصح أن نفس الطلاق يُشطِّر الصداق ، ويتضمن ارتداد نصفه إلىٰ ملك الزوج سواء اختار ذلك أو لم يختره .

وفي المسألة وجه مشهور بأنه لا يرجع النصف إلى الزوج ما لم يختر تملكه ، فإذا اختاره ، رجع إليه إذ ذاك .

ووجه الوجه الأوّل ظاهرُ قوله تعالىٰ : ﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] ، وهـٰذا حكم من الله تعالىٰ ، لا تعلُّقَ له بقصدِ الزوجِ واختيارهِ ، وأيضاً فإنَّ موجِب رجوع ما يرجع انبتاتُ النكاح قبل استيفاء المقصود ، حتىٰ قيل : بقاء النصف عليها غير منقاس . وهـٰذا المعنىٰ يوجب حصول التشطر من غير قصد ، كالفسوخ التي تتضمن ارتداد جميع الصداق .

ومن نصرَ الوجه الضعيف ، احتج بأنَّ الطلاق ليس فسخاً للنكاح ، ولـٰكنه تصرفٌ فيه ، غير أن الشرع أثبت له مستدركاً في مقدارٍ من الصداق . فليتعلق ذلك باختياره .

التفريع على الوجهين :

٨٣٩٨ـ إن حكمنا بأنَّ الصداق يتشطر بنفس الطلاق من غير إحداث سبب آخر ، فلو حدثت زيادة بعد الطلاق ، فهي متشطرة بين الزوج والزوجة ؛ لأنها حدثت على المِلكين . وإن قضينا بأنَّ رجوع الشطر يتوقف على اختيار التملك ، فالزيادة الحادثة بعد الطلاق وقبل اختيار التملك خالصةٌ للزوجة ، والمعنيّ بالزيادة ما ينفصل .

ولو حدث بين الطلاق وبين اختيار التملك نقصانٌ راجع إلى الصفة ، نُظر : فإن كان الصداق في يده ، فلا إشكال ولا تفريع ، وإن كان في يدها ، تفرع على الوجهين : فإن قلنا : الملك في الشطر لا يرجع إلى الزوج قبل اختيار التملك ، فما حدث من عيب بعد الطلاق وقبل الاختيار ، [فهو][1] بمثابة ما يحدث من العيب قبل الطلاق ، فإذا جرىٰ ذلك في يدها ، فللزوج التخيُّر بهـٰذا السبب ، كما سنصفه على الاتصال بهـٰذا ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإن حكمنا بأنَّ الملك بنفس الطلاق يتشطر ، فإذا كان الصداق في يدها ، فالذي

---

(١) في الأصل : وهو .

ذهب إليه المحققون من **أئمة المراوزة** أن النصف الراجع إلى الزوج أمانة في يدها ، ولا يلحقها بسبب ما يطرأ من العيب بعد الطلاق من غير عدوانها عهدةٌ وضمان .

ولو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق ، ولم تنتسب إلى الاعتداء ، لم تضمن [النصفَ][(١)] الراجع إلىٰ زوجها .

هـٰذا ما ذكره **القاضي والصيدلاني** وجماعة **المراوزة** .

وقطع **العراقيون** قولهم بأنَّ النصف الراجع إلى الزوج مضمون عليها في يدها/ ؛ فلو تلف ضمنته من غير تقصير . ١٢٧ ي

وشبهوا هـٰذا النصف في يدها بما لو باع عبداً بجارية ، ثم رُدت الجارية بالعيب ولزم رد العبد ، فما لم يرده علىٰ صاحبه يكون مضموناً عليه ، حتىٰ لو تلف العبد في يده ، ضمنه . فهـٰذا مسلكهم ، وهو مخالف لطريق **المراوزة** . وقد فرقوا بين النصف الراجع إلى الزوج ، وبين المسألة التي استشهد بها **العراقيون** من بيع الجارية بالعبد ، فقالوا : العبد عوض الجارية المردودة ، فإذا رُدَّت ، فمن حكم المعاوضة إثبات الضمان في العوض حتىٰ يُردَّ ، والنصف من الصداق لا يرتد في مقابلة عوض ؛ فإنَّ النكاح لا ينفسخ بالطلاق ، فالمسألة محتملة جداً ؛ فإنَّ رجوع نصف الصداق في مقابلة انقلاب منفعة البضع إليها من غير استيفاء ، ولولا هـٰذا ، لكان يجب ألاَّ [يرتد][(٢)] من الصداق شيء .

٨٣٩٩ـ ولو كانت قبضت الصداق ، ثم فسخ الزوج النكاح بسببٍ يتضمن استرداد جميع الصداق ، فالذي يقتضيه قياس الطرق كلها : أنَّ الصداق يكون مضموناً [عليها][(٣)] حتىٰ تردّه ؛ فإنه في هـٰذا المقام يرتد ارتداد الأعواض في الفسوخ .

وإذا ارتد الزوج قبل المسيس ، وحكمنا بأنَّ ردته بمنزلة الطلاق في تشطير الصداق ، **فالعراقيون** إذا ضمّنوها نصف الصداق عند الطلاق ، فلا شك أنهم يطردون مذهبهم في هـٰذه الصورة .

---

(١) في الأصل : بالنصف .
(٢) في الأصل : يزيد .
(٣) في الأصل : عليه .

والذي يقتضيه قياس **المراوزة** أنَّ نصف الصداق لا يكون مضموناً على المرأة قياساً [علىٰ][(١)] نصفه وقد طُلِّقت قبل المسيس ، ولا نظر إلى الانفساخ ؛ فإنَّ الصداق في ذمة الزوج لا يرتد ارتداد الأعواض في الفسوخ ؛ إذ لو [كان][(٢)] يرتد ارتدادها ، لارتد جميع الصداق .

ومما يتعلق ببيان الوجهين ، أنَّا [إن][(٣)] جعلنا الطلاق بنفسه مشطِّراً ، فلا خِيَرة .

٨٤٠٠ـ ولو قال الزوج : طلقتك علىٰ أنَّ جميع الصداق متروك عليكِ ، فلا حكم للفظهِ ، وإن أراد ترك الصداق ، فليهب منها النصفَ المرتد إليه ، وإن حكمنا بأنَّ الارتداد يتوقف على اختيار التملك ، فسبيل اختيارِهِ كسبيل الرجوع في الهبة . وسيأتي شرح ما يكون رجوعاً فيها ، إن شاء الله تعالىٰ .

٨٤٠١ـ والذي ترددت فيه مرامز كلام **الأئمة** : أنَّ المرأة بعد الطلاق هل تملك التصرف في النصف الذي يستحق الزوج تملكه قبل أن يختار التملك ؟ يجوز أن يُقال : تملك التصرف فيه ملكَ المتهب ، أو كما تملك قبل الطلاق التصرفَ في جميع الصداق ، مع قدرة الزوج علىٰ أن يطلقها متىٰ شاء . وهـٰذا هو القياس .

ويجوز أن يُقال : لا تتصرف ، بخلاف المتهب ؛ فإنَّ الهبة/ معقودة للإفضاء إلىٰ تمليك التصرف .

ش ١٢٧

وكذلك القول فيما قبل الطلاق إذا طلقها الزوج ، فالطلاق سبب متجدد يقتضي التسلط علىٰ [تشطير][(٤)] الصداق ، فينبغي أنْ نُلْحقها بالملك في زمان الخيار .

ثم علىٰ هـٰذا يطول النظر في العتق والبيع ، وما يقبل التعليق وما لا يقبله ، وقد مضىٰ تفصيل ذلك في أول كتاب البيع . والظاهر تنزيلها ـ على اشتراط اختيار التملك ـ منزلةَ المتهب ، ومنزلةَ المرأة قبل الطلاق ، حتىٰ تتسلط على التصرف .

ولا حاصل لقول من يقول : المتهب إذا تصرف في العين بإزالة الملك عنها ، لم

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : كانت .
(٣) زيادة من المحقق .
(٤) في الأصل : تشطّر .

يغرمْ للواهب شيئاً إذا رجع . والمرأة إذا أتلفت الصداق قبل اختيار التملك ، ثم اختار الزوج الرجوع إلىٰ نصف الصداق ، فإنه يرجع عليها بشطر القيمة ؛ وذلك أنَّ هـٰذا المعنىٰ يتحقق قبل الطلاق ، ثم تصرفها نافذ ، وإن كانت لو أخرجت العين ، رجع الزوج عليها بنصف قيمتها إذا طلقها .

٨٤٠٢- ومن تمام القول في ذلك أنَّ الزوج إذا طلق قبل المسيس ، ولم يصادف عين [الصداق][1] ، والتفريع على اختيار التمليك ، فهـٰذا فيه عُسر في هـٰذه الحالة ، ولـٰكن وجهه أن يثبت له اختيار الرجوع إلىٰ شطر الصداق ، فإذا اختاره ، رجع عليها بنصف القيمة . ولا عود بعد ذلك إلىٰ هـٰذا الوجه الضعيف ، والتفريع علىٰ أنَّ الطلاق بنفسه يشطّر الصداق .

٨٤٠٣- وقد ذكر **الشافعي** في فصول (**السواد**) لفظةً أشكلت علىٰ **المراوزة** ، فنذكرها ونذكر ما قيل فيها .

قال : « **وهـٰذا كله ما لم يقضِ له القاضي بنصفه ، فتكون ضامنةً لما أصابه في يدها . . . إلخ** »[2] ، فتقييد **الشافعي** الكلام بقضاء القاضي لا يليق بظاهر المذهب ؛ فإنَّا أوضحنا أنَّ الظاهر تشطير الصداق بنفس الطلاق .

فقال **الأئمة** : معنىٰ قوله : « هـٰذا كله ما لم يقض له القاضي » . أي : لم يدخل وقتٌ يقضي القاضي فيه بارتداد شطر الصداق إلى الزوج ، وكأن المراد أنَّ ذلك إذا لم يطلق الزوج ، فإذا طلق ، فقد حان وقت القضاء للزوج بنصف الصداق إذا التمس ذلك من القاضي .

وقد ذكر **شيخي في دروسه** أنَّ من **أصحابنا** من قال : يتوقف تشطّر الصداق علىٰ قضاء القاضي ، وكان لا يحكي اختيار التملك كما ذكره **الأصحاب** ، بل كان يذكر المذهب الظاهر في التشطر ، ثم يقول : مِن **أصحابنا** من قال : لا يتشطر حتىٰ يقضي القاضي بالتماس الزوج .

---

(١) في الأصل : الطلاق .
(٢) ر . المختصر : ٤/١٩ .

وهـٰذا وإن كان يعتضد بظاهر النص ، فهو وهمٌ وغلطٌ لا شك فيه ، ولا يليقُ بمذهب **الشافعي** ألبتة .

ومما أشكل علىٰ **المراوزة** من هـٰذا اللفظ أنَّ **الشافعي** قال : « فتكون حينئذ ضامنة » . وهـٰذا تصريح بأنَّ النصف الراجع إلى الزوج مضمون عليها في يدها ، وهـٰذا يطابق/ مذهب **العراقيين** . وقد ذكر **المراوزة** فيه تأويلاً مستكرهاً ، وقالوا : هـٰذا مفروض فيه إذا امتنعت من رد الشطر مع طلب الزوج ، فتصير متعدية .

ي ١٢٨

وهـٰذا التأويل فيه بعد ، والممكن في التوجيه أنَّ **الشافعي** ذكر قضاء القاضي تحقيقاً للامتناع ، وتصويراً لمسيس الحاجة إلى الرفع إلى الحكام ، فإذ ذاك ذَكر الضمان ، وهـٰذا يَقْوَىٰ مع مصير **الأصحاب** إلىٰ أنَّ قضاء القاضي لا أثر له ، فحصل بالحمل علىٰ ما ذكرناه من الامتناع صرفُ قضاء القاضي إلى الحاجة عند تقدير الحاجة .

٨٤٠٤ـ فإذا تبين ذلك ، عدنا بعده إلى التفريع علىٰ ظاهر المذهب ، وهو أن الطلاق يُشطّر بنفسه ، فنقول : الصداق لا يخلو ، إما أن يكون عيناً ، أو ديناً . فإن كان عيناً ، فلا يخلو : إما أن يكون قد تغير أو لم يتغير ، فإن لم يتغير ، فلا إشكال أنَّ الشطر راجع إلى الزوج ، وإن كان قد تغير ، فلا يخلو : إمَّا أن تغير بالزيادة ، أو بالنقصان ، أو بما هو نقصان من وجه ، وزيادة من وجه .

فإن تغير بالزيادة : فالزيادة لا تخلو : إمَّا أن تكون متصلة أو منفصلة ، فإن كانت منفصلة ؛ فهي خالصة لها إذا حصلت قبل الطلاق ، ويرجع الزوج في نصف العين سواء حصلت في يده أو يدها .

وإن كانت الزيادة متصلة ، فالمرأة بالخيار بين أن تسمح بالزيادة على الزوج ، وإذا هي سمحت ، رجع الزوج في نصف العين زائداً ، وليس له أن يكلفها القيمة ـ ذاهباً إلى الامتناع من قبول [مِنّتِهَا][1] ؛ فإنَّ الزيادة المتصلة ليست مما يُفرد بمنْحه ، وهي تجري علىٰ أقضية التبعية .

ويتصل بهـٰذا المكان أنها إذا رضيت ، كفىٰ رضاها ، ولا حاجة إلىٰ قبولٍ من جهة

---

(١) في الأصل : مسّها . وهو تصحيف عجيب .

الزوج[١] ، ولا بد من تصريحها بالرضا ، ولا حاجة إلىٰ منحةٍ وهبة في تلك الزيادة[٢] .

وإن لم ترضَ رَدَّ [نصفِ][٣] العين زائداً ، [استمسكت][٤] بها ، وللزوج نصفُ قيمة العين . وهاهنا نبحث عن وقت القيمة .

قال **الأئمة** : نعتبر أقل قيمة من يوم الإصداق إلىٰ يوم التسليم إلى المرأة ، ولا نعتبر زيادة ـ إن كانت ـ بين الإصداق وبين التسليم ، ولا نعتبر زيادة بعد التسليم ، واعتل **الأصحاب** بأنَّ قيمة وقت الإصداق إن كانت أقل ، فما فرض من زيادة ، فهو في ملكها وحقها ، فلا تؤاخذ به . وإن فرض نقصان القيمة بعد الإصداق وقبل التسليم ، فهـٰذا من ضمان الزوج ، فلا تؤاخذ المرأة به .

وكنت أود لو قيل : إذا لم يطرأ عيب ، وإنما وجد تفاوت القيمة بارتفاع السعر ، فالاعتبار بقيمة يوم الطلاق ؛ فإنَّ/ الشطر إنما يرتد إلى الزوج يومئذ والعين قائمة ، ولـٰكنه لا تردها لمكان الزيادة ، فالوجه أن نقول : ما قيمة هـٰذه العين لو لم تكن زائدة ، فنعتبرها . نعم ، لو تلفت العين قبل الطلاق ، فيتجه إذ ذاك اعتبار أقل قيمة من وقت الإصداق ، إلىٰ وقت التسليم ، كما سنشرحها ، إن شاء الله عز وجل .

١٢٨ ش

٨٤٠٥ـ ولو ازداد المبيع زيادة متصلة ، ففُلِّس المشتري قبل توفر الثمن ، فالبائع يرجع في المبيع ، وإن كان زائداً ، ولا تصير الزيادة سبباً لإبطال حق الرجوع في العين .

ولأصحابنا مسألتان في محاولة الفرق بين الصداق وبين المبيع في حق المفلس .

فالذي حكاه **العراقيون** عن **أبي إسحاق المروزي** أنه قال في الفرق : لو أبطلنا حق

---

(١) في الأصل : من جهة أن الزوج . والمعنىٰ أنه لا حاجة إلىٰ قبولٍ من جهة الزوج لهـٰذه الزيادة المتصلة .

(٢) عبّر عن هـٰذه المسألة العز بن عبد السلام بإيجازٍ شديد ، قائلاً : « وليس له أن يطلب القيمة دفعاً للمنة ؛ إذ لا وقع لها » (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج٣ لوحة ٩٢ ش) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : استمسك .

الرجوع للبائع في المبيع ، فهـٰذا يُثبت للغرماء حق المضاربة ، وليس في قطع حق الزوج [عن][(١)] عين الصداق ما يُحبط حقه في المالية ؛ فإنه إن لم يرجع في نصف العين ، يرجع في نصف قيمة العين ، حتىٰ لو فرض الطلاق وهي مفلسة والحجر مطّرد ، فللزوج الاستبداد بنصف الصداق وإن كان زائداً ؛ فإنه لو لم يرجع بالعين[(٢)] ، لضارب بالقيمة .

وهـٰذه الطريقة غير مرضية ، والوجه أن يقال في الفرق : البائع يرجع إلى المبيع بسبب فسخ البيع ، وهـٰذا يستند إلى استحقاق متعلق بالعقد ، وإن كان الفسخ قطعاً للعقد في الحال ، وذلك أنَّ العوضية تقضي ألا يُسلَّمَ عوضٌ من أحد الجانبين ما لم يسلَّمْ مقابله في الجانب الثاني ، فلما كان حق فسخ البائع مستنداً إلىٰ حالة العقد ، والزيادة حدثت بعد العقد ، يجوز أن يقال : لا اعتبار بها وتقع تابعة .

وأما رجوع نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق ، فليس يستند إلىٰ أصل العقد استنادَ استحقاق يوجبه مقتضى العقد ، وإنما هو أمر جديد لا ارتباط له بالاستحقاق السابق . فعلىٰ هـٰذا إذا كانت المرأة محجوراً عليها ، نظر ، فإن تقدم الطلاق على الحجر ، فنصف الصداق قد ارتد إلى الزوج ، فطَرَيان الحجر لا يسقط ملك الزوج .

وإن جرى الحجر ثم طرأ الطلاق ، فظاهر كلام **الأصحاب** أنَّ الزوج لا يكون أولىٰ بنصف الصداق ، [فإنَّ سبب استحقاقه تَجَدَّدَ بعد تعلّق حقوق الغرماء بعين الصداق][(٣)] . فهـٰذا ما نقوله ولا زيادة .

فحاصل المذهب إذاً أنَّ البائع يرجع بالعين المبيعة وإن زادت زيادةً متصلةً .

والزوج هل يرجع [إذا جرى الطلاق][(٤)] بعد الحجر ؟ فيه تردُّدٌ ظاهر **للأصحاب** ، منهم من قال : لا يرجع ، وإن لم تزد العين . ومنهم من قال : يرجع .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) واضحٌ أن المقصود : بنصف العين .

(٣) ما بين المعقفين مكان عبارة الأصل المضطربة هـٰكذا : « فإن سبب استحقاقه تجدد بعد التعلق بحقوق الغرماء تعين الصداق » .

(٤) في الأصل : إلى اجرا الطلاق .

ثم الذين أثبتوا حق الرجوع/ اختلفوا في أن الصداق لو كان زائداً زيادة متصلة ١٢٩ ي والمرأةُ محجور عليها ، فهل يمتنع رجوعه بسبب الزيادة ؟ فيه اختلاف بين **الأصحاب** ، منهم من قال : يمتنع رجوعه إلا أن ترضىٰ ويرضى الغرماء ، ومنهم من قال : لا يمتنع رجوعه بسبب الزيادة ، كما لا يمتنع رجوع البائع في البيع وإن كان زائداً .

٨٤٠٦ـ ولو زاد الصداق في يد المرأة زيادة متصلة ، ففسخ الزوج النكاح بعيب بها ، فالزيادة في هـٰذا المقام لا تمنع الرجوع إلى العين ، ولا أثر لها ، كما لا أثر لها في الرد بالعيب والرجوع بسبب الإفلاس إلى المبيع ؛ والسبب فيه أن فسخ النكاح يستند إلى استحقاق السلامة ، وهو مستند إلىٰ أصل العقد .

ولو زاد الصداق في يدها ، فارتد ، فقد ذكرنا أن الارتداد يوجب تشطير الصداق كالطلاق ، فإذا كان كذلك ؛ فالزيادة المتصلة تُثبت للمرأة الخيار كما يثبت لها الخيار إذا كانت مطلقة .

وإذا ارتدت المرأة ، فردتها قبل المسيس توجب سقوط جميع المهر بطريق الانفساخ ، وفي كلام **العراقيين** تردد في أن الزيادة المتصلة في هـٰذه الصورة هل تمنع الزوج من الرجوع إلى العين ؟ والمسألة محتملة ؛ من حيث إن النكاح ينفسخ [بالرِّدّة][(1)] ، ولـٰكن هـٰذا الانفساخ لا استناد له إلى العقد ، بخلاف الفسخ الذي يجري بتخلف [السلامة][(2)] المستحقة بالعقد ، فيجوز أن يقال : الزيادة المتصلة تُثبت لها الخيار في الاستمساك بالعين ، كما تقدم ذكره في ردة الزوج ، ويجوز أن يقال : لا خِيَرة لها ؛ فإنها منتسبة إلىٰ ما يوجب قطع النكاح ؛ فنَبتُّ حقَّها عن التعلق بالزيادة ، كما [بتتناه][(3)] عن أصل الصداق ، والمسألة محتملة مما يليق بأسرار الفقه .

٨٤٠٧ـ ولا إيضاح لمقصود المسألة ما دام يختلج ما ذكرناه في الصدر ؛ وذلك أنا

---

(١) في الأصل : ينفسخ بالزيادة .

(٢) في الأصل : الزيادة . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) في الأصل : « بتّناه » بدون فك الإدغام .

إذا أثبتنا الخِيَرة للمرأة ، فيمتنع ارتدادُ شطر الصداق ما دامت المرأة مستمرة علىٰ خِيَرَتِها ، وبمثل هـٰذا المعنىٰ يعسر من الزوج مطالبتها بنصف القيمة ؛ فإن التخير من جانبها يوجب تفويض الأمر إلىٰ رأيها ، ورأيُها ليس على الفور ، فكيف السبيل ، وما الوجه ؟ وبأي طريق ينفصل الفقه في هـٰذه المسألة ؟ فنقول :

إن أعرضا جميعاً عن الطلب والرد ؛ فالأمر موقوف في حق الزوج ، متردد بين القيمة وبين العين وإن وجّه الزوج الطَّلِبة ، فحقٌّ عليها أن ترد نصف العين مع الزيادة أو تغرَمَ نصفَ القيمة ، وليس لها التسويف والمدافعة ، فإن دافعت رُفعت إلى القاضي ، ثم لا يَجزم الزوج دعواه في القيمة ولا في العين ؛ فإن إثبات الخِيَرةِ لها يمنع الجزم في كل واحد من الوجهين ، والقاضي لا يقتضي منها علىٰ أن يحبسها لتبذل القيمة/ أو العين إذا كانت العين عتيدة[1] ؛ فإنّ تعلُّق الزوج بالعين يزيد علىٰ تعلّق المرتهن بالرهن ، وتعلق الغرماء بالتركة التي أحاطت الديون بها ، فنقول لها : إن كان شطر القيمة أقلَّ من نصف العين ، فيُصرف إلى الزوج نصف القيمة ، ويُدفع الفاضل إليها ، وإن كانت العين لا تزيد على القيمة ؛ ففي هـٰذا احتمال ، يجوز أن يقال : لا يسلّم القاضي نصف العين إلى الزوج ، بل يبيعُه رجاءَ أن يجد زَبوناً فيشتريه بما يساوي ، ويتجه في هـٰذا أن يقال : يسلم العين إليه إذا لم يكن فضلٌ في القيمة ؛ لأن حق الزوج متأكد في مالية العين ، فالطلاق على المذهب الظاهر يملّكه شطر الصداق من غير اختيار .

ش ١٢٩

هـٰذا منتهى القول فيه .

٨٤٠٨ـ ومن بدائع الأشياء اضطراب **الأصحاب** في معنىٰ قول **الشافعي** : « وذلك كله ما لم يقض له القاضي » ، وكلامه متصل بذكر زيادة الصداق ، ويتعين عندي حملُ كلام **الشافعي** في أن القضاء على امتناعها عن [التسليم][2] قد يقضي القاضي بتسليم العين في الصورة التي ذكرناها ، وظاهر كلام **الشافعي** دليل علىٰ أنه لا يسلم العين إلى

---

(١) عتيدة : أي حاضرة .

(٢) في الأصل : التحريم .

الزوج مطلقاً ؛ فإنه جعلها ضامنة إذا تلفت العين .

هٰذا كله تفصيل القول فيه إذا تغير الصداق بالزيادة .

٨٤٠٩ـ فأما إذا تغير بالنقصان ، فلا يخلو ، إما أن يكون في يده ، أو يدها ، فإن اتفق تعيب الصداق في يده ، ثم طلقها ، فحق الزوج في نصف العين ، فإن النقصان محسوب [عليه](١) وقد حدث في ضمانه لها ، والحق ردُّ العين ، كما فصلناه في تغير الصداق في يد الزوج بالتعيب .

ومما يتصل بهٰذا أن الصداق لو تعيب في يد الزوج بسبب جناية أجنبي فغرّمت [الأجنبي](٢) الأرشَ ، ثم طلقها الزوج قبل المسيس ، فلو كان هٰذا التعيب بآفة سماوية ، لم يكن للزوج إلا نصف الصداق ، وهو معيب ، والآن العيب الكائن بالصداق علىٰ صورة العيب بالآفة السماوية ولٰكنها فازت بالأرش ، وغرّمت الأجنبي ، فهل يرجع إلى الزوج نصف ذلك الأرش ؟

هٰذا مما روجع **القاضي** فيه ، فلم يُحر جواباً جازماً ، ووجه التردد في المسألة نبهنا عليه في أن هٰذا العيب جرىٰ والصداق في ضمان الزوج ، وهي أخذت الأرش بحق ملكها ، كما تأخذ الزوائد ، والرأي الظاهر أن الزوج يرجع بنصفٍ من ذلك الأرش ؛ فإن النقصان استخلف الأرش ، وقيمة الشيء في الماليات تنزل منزلته ، فكأن العيب لم يقع ، فهٰذا إذا حدث العيب في يد الزوج .

٨٤١٠ـ وإن حدث النقصان في يدها ثم طلّقها الزوج ، فهو بالخيار بين أن يرضىٰ بنصف العين ناقصاً ، ويرجع فيها مع النقصان ولا يغرّمها/ الأرش ، وبين أن يترك عين الصداق عليها لمكان العيب ، ويغرّمها نصف القيمة ، وهٰذا بناه **المراوزة** علىٰ أن ما يرتدّ إلى الزوج أمانة في يدها ، فلا تؤاخذ بأرش النقص . ١٣٠ ي

ويجوز أن يقال : وإن حكمنا بأنها مؤاخذة بالتعيب والتلف بعد الطلاق في نصيب الزوج ، فلا يلزمها أرشٌ أيضاً ؛ فإن التعيب قد جرىٰ والصداق مِلكها ، وليس كما إذا

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : الزوج . والمثبت تصرّف منا ليناسب التفريع الآتي بعده .

قلنا الصداق مضمون باليد ، ثم عاب في يد الزوج ؛ فإنا نثبت للمرأة تغريم الزوج الأرشَ ، والفرق أن الزوج ممسكٌ ملكَها بيدٍ ضامنةٍ ، على القول الذي نفرع عليه ، وموجب ذلك أن يغرَم لها أرش النقصان كما يغرَم المستعير والآخذُ علىٰ سبيل السوم ، والمرأة ليست حافظة للزوج ملكاً قبل الطلاق .

فهٰذا ما ذكره الأئمة وفيه علىٰ حالٍ احتمال ؛ من جهة أن الصداق لو تلف قبل الطلاق ، لغرمت له نصفَ القيمة ، ومن يغرم القيمة بجهةٍ ، لا يبعد أن يغرَم أرشَ النقص بتلك الجهة .

وإذا اشترى الرجل عبداً بجاريةٍ وجرى التقابض ، ثم وجد قابض العبد بالعبد عيباً ، فرده ، فإذا الجارية قد عابت عيباً حادثاً في يد قابضها ، فقد جرى العيب في دوام ملك قابض الجارية ، كما جرى العيب في الصداق في دوام ملك المرأة ، ثم إذا رَدَّ قابضُ العبدِ العبدَ ، فقد ظهر مصير **الأصحاب** إلىٰ أنه يسترد الجارية مع أرش العيب الحادث ؛ فإنها لو تلفت ، لرد العبد واسترد قيمتها . وهٰذا قد ذكرته في أحكام العيوب في البيع ، وذكرت مضطرب **الأصحاب** فيه .

ويجوز أن يقال : ليس الصداق كالمسألة التي استشهدنا بها ؛ من قِبل أن من ردّ العبد إنما ردّه لتخلّف سلامةٍ استحقَّها بالعقد ، [فعهدةُ][(1)] التقابل في العوضين بيّنةٌ ، وهٰذا لا يتحقق في الصداق .

فقد تحصل مما ذكرنا أن الذي ذكره **الأصحاب** في الطرق أن الزوج بالخيار إن شاء رضي بالنصف من غير أرش ، وإن شاء طالب بنصف القيمة ، وهٰذا بمثابة تعيّب المبيع في يد البائع من وجه . فإنا نقول : إن شاء المشتري ردّ المبيع بالعيب ، وفسخ البيع ، واسترد الثمن ، وإن شاء رضي به معيباً .

فهٰذا ما رأيته **للأصحاب** ولم أر غيره ، وقد أومأت إلىٰ وجه الاحتمال ، والظاهر ما ذكره **الأصحاب** في المعنىٰ أيضاً ، هٰذا منتهى القول في تغير الصداق بالزيادة ، وتغيره بالنقصان .

---

(١) في الأصل : فعهد .

٨٤١١ـ فأما إذا تغير بما يكون زيادة من وجه ونقصاناً من وجه ، وذلك مثل أن يكون العبد المصدَقُ صغيراً فكبر ، وازدادت قوته التي هي مادة العمل ، وسببُ تكثير المنفعة ، وانتقص من حيث القيمة لمجاوزته/ نضارةَ المراهقة . وقد يفرض في هـٰذا القسم زيادةٌ محضة ليست في عينها نقصان مع عيب ليس فيه زيادة ، مثل أن يتعلم العبد المصدَقُ صنعةً ، ولـٰكن اعورّت عينه ، فقد اجتمع فيه النقص والزيادة . ١٣٠ ش

ومن صور هـٰذا القسم أن يصدقها [أشجاراً][١] فتصير [قِحاماً][٢] وتُرقل[٣] ، فكِبرُها زيادة ، ولـٰكن يقلّ ثمرها .

والحكم في هـٰذا القسم أن الخيار يثبت من الجانبين جميعاً ، فإن رضيت المرأة برد النصف ، فللزوج أن يأبىٰ لمكان النقصان ، وإن طلب الزوج العين ، فللمرأة أن تأبىٰ لمكان الزيادة .

وليس لنا أن نقول : إذا لم ترد القيمة لمكان النقص ، ولم تُنْتَقَص القيمة لمكان

---

(١) في الأصل : « شجرة » والمثبت تصرفٌ منا لكي يستقيم الكلام مع قوله « قِحاماً » ؛ فإنها جمع قَحْمة ، كما سيأتي في التعليق الذي بعد هـٰذا .

(٢) (قحاماً) : رسمت في الأصل هـٰكذا (لحاما) وقدرنا هـٰذا الرسم تصحيفاً عن (قِحاماً) لما رأيناه في عبارة الإمام الشافعي في الأم ، والمزني في المختصر . وهـٰكذا جاءت (صفوة المذهب) .

و(قِحاماً) : جمع قحْمة ، وِزان نعجة ونعاج ، والقحمة : النخلة الكبيرة الدقيقة الأسفل ، القليلة السعف (المعجم والمصباح) .

ثم لنا هنا **ملاحظتان** :

الأولىٰ ـ أن ما رأيناه من معاجم (الأساس ، والقاموس المحيط ، والمصباح ، والوسيط) إما تذكر (القحم) صفةً للنخل خاصة من بين الأشجار ، وإما أن لا تذكر ذلك أصلاً ، عند تصريف مادة (ق .ح .م) وذكر معانيها .

علىٰ حين وجدنا وصف الشجرة (بالقحمة) والأشجار (بالقحام) عند المزني والشافعي .

الثانية ـ أن إمام الحرمين ذكر صيرورة الأشجار قحاماً وإرقالها ، من باب التغير بالزيادة ، علىٰ حين يفهم من معناها ، ومن عبارة الإمام الشافعي في الأم ، والمزني في المختصر أن هـٰذا من باب التغيّر بالنقص . (الأم : ٥/٥٦ ، والمختصر : ٤/٢٠) .

(٣) تُرقل : أرقل الشجر طال . (القاموس ، والمعجم ، والمصباح) .

الزيادة ، فيجعل كأن لا زيادة ولا نقصان ، هـٰذا لا سبيل إليه ولا قائل به ؛ فإن الزيادة قد تُعنىٰ لعينها ، وإن فرض نقصان ، فالنقصان قد يُجتنب ، وإن كانت زيادة ، فلا طريق إلا إثبات الخيار من الجانبين لوجود العلتين ، فالنقص علّة خيار الزوج ، والزيادة علةُ[1] خيار المرأة ، فإن اتفقا على الرجوع في نصف العين ، فذاك ، وإن أبىٰ أحدهما ، فالرجوع إلىٰ نصف القيمة ، ثم لا تكفي الزيادة في صورتها ؛ فإن الزيادة التي لا تُطلب ليست زيادة كالسِّلْعة[2] تطلع واللحية تنبت .

٨٤١٢ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الصداق عيناً ، فإن كان ديناً ؛ فإذا طلقها ، فلا يخلو : إما أن كان سلم الصداق إليها [أو][3] لم يسلم ، فإن لم يسلم الصداق إليها ، وطلقها قبل المسيس ، فتبرأ ذمته عن نصف الصداق ، وهو مطالب من جهتها بالنصف الباقي ، وإذا فرّعنا على الوجه الضعيف في أن رجوع الشطر إلى الزوج موقوف على اختياره ، فيجب طرد هـٰذا في الدين أيضاً ، حتىٰ يتوقف سقوط النصف عن ذمته على اختياره ، والعلم عند الله تعالىٰ .

ولو أصدقها ديناً ـ كما صورناه ـ وسلم إليها ما التزم لها على الصفة المذكورة ، فإن طلقها قبل المسيس ، فله الرجوع بالنصف ، فإن كانت تلك الأعيان المقبوضة فائتة ، غرِمت للزوج نصف البدل ، وإن كانت تيك الأعيان باقية فهل يتعين حق الزوج في المقبوض ، [أم][4] لها أن تغرم حقّ الزوج من مال آخر ؟ **فعلىٰ وجهين** : **أحدهما** ـ لا يتعين حقه ، لأن العقد لم يتعلق بهـٰذه العين ابتداءً وإنما اعتمد الوصف .

والثاني ـ أن حقّه يتعيّن ؛ لأنه تعين بالقبض ، وهـٰذا يكون سبيل كل دين يوفَّىٰ علىٰ مستحقه .

وكان **شيخي** يطرد هـٰذين الوجهين في الثمن الواقع في الذمة إذا وُفِّر ووُفّي ، ثم طرأ

---

(١) في الأصل : عليه .

(٢) السِّلْعة : خرّاج كهيئة الغدة تتحرك بالتحريك ، وقال الأطباء : هي ورم غليظ غيرُ ملتزق باللحم ، يتحرك بتحريكه ، وله غلاف (المصباح) .

(٣) في الأصل : ولم .

(٤) في الأصل : إذ .

فسخ يوجب استرداد الثمن ، ورأيته مرة يطلب الفرق/ بين ما ذكرناه في الصداق وبين ١٣١ ي ما أشرنا إليه في الفسوخ ، ويقول : الفسخ وإن كان قطعاً في الحال ، فهو مستأصل للعقد ، بخلاف ما يقتضيه الطلاق من التشطير ، وقد أجرينا في أجزاء الكلام ما يشير إلىٰ قريب من هـٰذا فيما نفيناه وأثبتناه .

فَرْعٌ : ٨٤١٣ـ إذا أصدق الرجل امرأته جارية ، فبقيت في يد الزوج ، وعلقت بولد حادث وولدته ، ثم ماتت الجارية قبل القبض ، وطلقها قبل المسيس ، قال **العراقيون** : هـٰذا يُخرّج على القولين في أن الصداق مضمون بالعقد أم باليد ؟ وأنه بماذا يرجع ؟ فإن قلنا : إنه يرجع بنصف القيمة فالولد بتمامه لها ؛ فإنه حدث في ملكها ، وجرى الطلاق بعد انفصاله واستقلاله ، ونحن علىٰ قول القيمة لا نحكم بانفساخ الصداق بالتلف ، بل نقضي ببقاء العقد ، قالوا : وإن قلنا : الصداق مضمون بالعقد وهي ترجع عليه بنصف مهر المثل ، نقلوا عن **الشافعي** أنه قال : الولد للزوج ، ولا حظ لها فيه ، فإنا إذا أوجبنا نصف مهر المثل ، فقد أوجبناه قبل العقد ونقضْنا الملك استئصالاً .

وفي المسألة قول مخرّج علىٰ أن الولد يكون لها ؛ فإن الفسخ والانفساخ لا يستند إلىٰ زمان متقدم ، بل يقطع الملك في الحال ، وقد تقدم حصول المولود علىٰ سبب الانفساخ ، وقد ذكرنا مثل هـٰذا الاختلاف فيه إذا اشترى الرجل جارية ، فولدت أولاداً في يد البائع ، ثم ماتت في يده وحكمنا بانفساخ العقد ، فالأولاد للبائع أو للمشتري ؟ فيه خلاف قدمته ، وقياس المذهب أن الأولاد للمشتري ، لما نبهنا عليه .

فَرْعٌ : ٨٤١٤ـ قال **العراقيون** إذا أصدق الرجل جاريةً حبلىٰ ، ثم ولدت ، وقلنا : إن الولد يثبت في حكم المعاوضة ، ولو كان في البيع ، لقوبل بقسطٍ من الثمن ، فإذا ولدت ، وطلقها قبل المسيس ، ورضيت برد عين الصداق ، فهل للزوج حظٌّ في الولد ؟ وما حكمه ؟ ذكروا فيه **وجهين** : **أحدهما** ـ له حظ فيه ، ولـٰكن زاد الولد بعد الولادة ، فتغرم له قيمة نصف الولد يوم الولادة . ووجه هـٰذا بيّن في القياس .

والوجه الثاني ـ أنه لا حظّ للزوج في الولد ؛ فإنه كان حملاً يوم العقد ، ولا يمكن معرفة قيمته وهو حمل ، ولما انفصل ، فهو زيادة في ملكها بعد الإصداق ، ولا يمكننا

أن نضبط ما بين الحمل والولادة ، ولا طريق إلا أن يسقط حظ الزوج من الولد بالكلّية .

وإن فرّعنا علىٰ أنه مقابَلٌ بقسطٍ من العوض ؛ فإن الصداق/ ليس يتمحض عوضاً . ش ١٣١

وهـٰذا الذي ذكروه ، فيه اضطراب ، وحاصله : أن الزيادة المتصلة لا حكم لها في البيع ، فإذا قلنا : الولد يقابله قسط من الثمن ، فانفصل ، لم تُغير تلك الزيادة التي حصلت بالولادة حكمَه ، والزيادة المتصلة لها حكم في الصداق ، ثم عَسُر اعتبارها بين احتساب الحمل وبين انفصاله ، فكان ترددهم لذلك .

وإذا قلنا : الحمل لا يقابله قسط من الثمن ، فالوجه : القطع بأنه لا حظّ للزوج في الولد ، وهو بمثابة ما لو حدث العلوق به بعد العقد .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « والنخل مُطْلِعَة . . . الفصل »(١) .

٨٤١٥ـ ذكر **الشافعي** تفصيل القول فيه إذا أصدق امرأته نخيلاً ، فأطلعت ، ثم طلقها قبل المسيس ، وهـٰذه المسألة كثيرة الأقسام منتشرة الأحكام ، والرأيُ أن نمهد في أولها ما يدخل تحت التمهيد ، ثم نرسل المسائل ونذكر في كل مسألة ما يليق بها ، ونطلب الاستيعاب جهدنا ، ثم نُتبع المسائل بما يضبطها ، والله ولي التوفيق .

فنقول : أولاً الطلع قبل التأبير زيادةٌ محضة لا نقصان فيها ، وحمل الجارية زيادة من وجه ، نقصان من وجه ، لما فيه من الإفضاء إلى الغرر ، والحمل في البهائم ، فيه وجهان ذكرهما العراقيون : **أحدهما** ـ زيادة من كل وجه ؛ فإنه لا يفضي إلى الخطر في غالب الأمر .

والثاني ـ أنه زيادة ونقصان ، كما ذكرنا في الحبالىٰ ، فإن كل حامل تلد ، فلا بد من أن يدخلها نقص في البنية .

٨٤١٦ـ فهـٰذه مقدمة ذكرناها ، ونعود بعدها إلىٰ رسم المسائل علىٰ أقرب ترتيب ،

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٠ .

فنقول : إذا أصدقها نخيلاً ، فأطلعت ، وأُبّرت ، ثمّ [طلقها][(١)] ، فالثمار بعد التأبير في حكم زيادة منفصلة ، فلو أراد الزوج أن يكلّف المرأة قطع الثمار ، لم يكن له ذلك ، فإنها ظهرت ، والملكُ ملكها ، فلا سبيل إلىٰ إجبارها علىٰ قطع ثمارها ، ولو قال : أرجع في نصف النخيل ونصف الثمار ، لم يكن له ذلك ؛ فإن جميع الثمار لها ؛ من أجل أنها ظهرت وملكُها كامل في الصداق .

ولو قال الزوج : أرجع في نصف النخيل وأترك ثمارك إلى الجداد ، فلا ينفصل الأمر بهـٰذا المقدار ؛ فإنها تحتاج إلىٰ تتمة ثمارها بالسقي ، ثم فائدة السقي لا تنحصر على الثمار ، بل يرجع الحظ الأوفر إلى النخيل ؛ فلا سبيل إلىٰ تكليفها السقي ، وفائدته ترجع إلىٰ ما يُقدّر راجعاً إلى الزوج بحكم التشطر .

ولو قالت المرأة للزوج المطلق : اصبر حتىٰ آخذ ثماري ، ثم ارجع ، لم يكن لها أن تكلف الزوج ذلك ؛ فإن فيه إلزامَه تأخير حقه/ وهـٰذا لا سبيل إليه . ١٣٢ ي

ولو [قالت][(٢)] : ارجع في نصف النخيل وبقِّ ثماري إلى الجِداد ، واسق ما رجع إليك ، لم يكن لها ذلك ؛ فإن سقيه يرجع فائدته إلىٰ ثمارها ، فتكليف الرجل تنمية ثمارها لا وجه له .

فهـٰذه مسائل اتفق **الأصحاب** عليها . وعلى الناظر في المسألة أن يفهمها ويودعها حفظه مفصلة .

ولو قالت : ارجِع في نصف النخيل ، وقد تركتُ عليك نصف الثمار ، نُظر ، فإن كانت الثمار مؤبّرة ؛ فهل يلزم الزوج ذلك ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أحدهما** ـ لا يلزمه قبول الثمار ؛ فإنها زوائد في حكم المنفصلة ؛ فإلزامه قبولها وتقلُّد مِنّتِها بعيدٌ .

والثاني ـ يلزمه ؛ فإن الثمار وإن كان لها حكم الانفصال ؛ فهي كالمتصلة في هـٰذه المسائل . لعسر الأمر ، وتعذر إمضائه مع رعاية الجانبين ، فصار تعذر الأمر بمثابة تعذر فصل الزوائد المتصلة .

---

(١) في الأصل : « ثم طلعها » . والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : قال . وهو واضح من السياق ، وقد صدّقته (صفوة المذهب) .

وإن كانت الثمار بعد طلعها غيرَ مؤبّرة ، فالذي ذهب إليه جماهير **الأصحاب** : أنها قبل التأبير بمثابة السِّمن ، وسائر الزوائد المتصلة ، حتىٰ لو تركت علىٰ زوجها نصف الطلع ، لزمه قبوله .

وذكر **العراقيون وصاحب التقريب** طريقة أخرىٰ من تنزيل الثمار قبل التأبير منزلتها إذا هي أُبِّرت ، حتىٰ تُخرَّجَ المسألةُ علىٰ وجهين في أن الزوج هل يُجبر علىٰ قبولها إذا سمحت بها ؟ وسبب ذلك أن الثمار قبل التأبير تقبل الإفراد بالبيع علىٰ رأيٍ ظاهر ، خلاف السِّمَنِ وغيرِه من الزوائد المتصلة .

٨٤١٧ـ ومما يتعلق بذلك أن الزوج لو قال : أرجع في نصف النخيل وألتزم السقي ، فهل يجاب إلىٰ ذلك ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ** يجاب ؛ [فإنه][١] كفاها مؤونة السقي وهـٰذا هو الذي كنا نحاذره في إلزامها بسقي نخيل الغير ، **والثاني ـ** لا يلزمها إجابته ؛ فإنه لا يجد بداً من مداخلة [البستان][٢] في سقي النخيل وتعهدها ، وقد لا ترضى المرأة به ، فإن لم نوجب إجابته إلىٰ ما يلتمس من ذلك ، فلا كلام ، وإن [أوجبنا][٣] إجابته ، فالتزامه السقي وعْدٌ منه ، إن وفىٰ به ، استقر الأمر ، وإن بدا له ، فلا معترض ، ولـٰكن يبين أن رجوعه في نصف النخيل باطل .

فتبين مما ذكرناه أن هـٰذا الرجوعَ في حكم الموقوف علىٰ ما يتبين من الوفاء بالسقي أو الإخلاف في الموعد .

وألحق **الأئمة** بهـٰذه الصورة ما لو أصدقها جارية ، فولدت في يدها ولداً مملوكاً ، واقتضى الحكم أن يكون الولد لها ، فقال الزوج : أرجع بالجارية ، وأمنعها من إرضاع المولود ، فليس له ذلك ؛ فإن فيه إضراراً عظيماً بالولد . و[لو][٤] قال : أرجع في

---

(١) في الأصل : فإن .

(٢) في الأصل غير مقروءة (انظر صورتها) والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء عبارة الرافعي ؛ فإنه قال : « . . . لأنها قد لا ترضىٰ بيده ودخوله البستان » (الشرح الكبير : ٨/ ٣٠٠) . وهي كذلك في (صفوة المذهب) .

(٣) في الأصل : أجبنا .

(٤) زيادة من المحقق . وقد صدقته (صفوة المذهب) .

نصف الجارية/ وأرضىٰ أن تُرضع الولد ؛ فهل يجب إسعافه ؟ فعلى الوجهين المذكورين في النخيل والتزام سقيها ، ونصُّ **الشافعي** في مسألة الولد يدل علىٰ [أن][(١)] الرجل لا يجاب [بما يعد][(٢)] ؛ فإنه لا يلزمه الوفاء بالموعود . ١٣٢ ش

٨٤١٨ـ ومما نذكره مرسلاً ، أن الزوج والزوجة لو تراضيا في النخيل علىٰ أن يؤخر الزوج حقَّه ولا يتعرض له إلىٰ أوان الجِداد ، ثم إذ ذاك يطلب حقه من نصف النخيل ، فإذا وقع التراضي علىٰ هـٰذا الوجه ، لم نعترض عليهما ، ولم نتعرض لهما ، ولـٰكن ليس يلزمهما الوفاء بما تراضيا عليه ، فإن الزوج رضي بتأخر حقه ، وتأجيل ما لا يلزم فيه الأجل ، فله الرجوع عما قال .

ولو أصر الرجل علىٰ موعده ، فأرادت المرأة الرجوع ، كان لها ذلك ؛ لأنها تحتاج إلى السقي والتعهد ، ثم يرجع النفع إلى النخيل ، ومآل الأمر مصير نصف النخيل إلى الزوج ، [فلها][(٣)] أن ترجع عن رضاها بذلك ، فإنهما لم يُذكر بينهما في الصورة التي ذكرناها إلا تواعداً علىٰ تأخير الحق غيرَ لازم ، كما ذكرنا .

ولو تراضيا علىٰ أن يرجع الزوج إلى الملك في نصف النخيل عاجلاً ، ويترك الثمار لها إلىٰ وقت الجِداد ، فإذا ثبت تراضيهما علىٰ هـٰذا الوجه ، لزم الوفاء به ؛ فإن بدا للزوج ، وقال : أحتاج إلىٰ سقي النخيل ، والنفعُ يرجع إلىٰ ثمارها ، قلنا : قد رضيت ، فإن شئت فاترك السقي ، ونحن حملنا رضاك على التزام الضرر ، إن كان ضرر .

ولو قالت المرأة : رجعت عن رضاي ، فإني أحتاج إلى السقي لأجل الثمار ، والنفع يرجع إلى النخيل ، قلنا : اتركي السقي ، فإن كان يلحقك ضرر ، فقد رضيتِ به .

---

(١) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها . وهي في (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : ما يعد . وقد حكىٰ هـٰذا الرافعي نقلاً عن إمام الحرمين ، قال : « قال الإمام (أي إمام الحرمين) : ونصّ الشافعي رضي الله عنه **يدل علىٰ أنه لا يجاب** » (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٣٠١) .

(٣) في الأصل : فله .

ويخرج منه أن كل واحد منهما لا يرجع عما رضي به ، ولا يجب علىٰ واحد منهما السقي ، فمن أراده ، لم يمنع منه .

فهٰذا بيان هٰذه المسائل المرسلة ، ولم نذكر بعدُ عند تنازعهما ما نحملهما عليه ؛ لأن ذلك يبين آخراً .

٨٤١٩ـ ونحن نذكر نوعاً من الضبط ، ثم نختم المسألة بما فيه تمام البيان ، إن شاء الله عز وجل .

فنقول : هٰذه المسائل تجرىٰ علىٰ **ثلاثة أصناف** : **أحدها** ـ مفروض فيما يقوله الرجل ، والمرأةُ تأْباه .

والثاني ـ فيما تقوله المرأة ، والرجل يأباه .

والثالث ـ فيما يتراضيان عليه .

فأما ما يقوله ؛ فمنه أن يقول : اقطعي الثمار ، فلا يجاب . ومنه أن يقول : أرجع إلىٰ نصف النخيل مع نصف الثمار ، فلا يجاب . ومنه أن يقول : أرجع إلىٰ نصف النخيل ، ولا ألتزم السقي والتعهد ، ففي المسألة **وجهان** : **أظهرهما** ـ أنه لا يجاب إلىٰ ذلك ، ولا تكلف المرأة الرضا به ، لما قدمنا ذكره من تضررها بمداخلته . فهٰذا بيان ما يذكره الزوج مبتدئاً .

ي ١٣٣ فأما ما تذكره المرأة/ والزوج [يأباه][١] ، فمن ذلك أن تقول : أخِّر حقك إلى الجِداد ، فلا تجاب ؛ فإن حقَّ الزوج معجّل ، ولو قالت : ارجِعْ في نصف [الشجر][٢] ، وثمرتي تبقىٰ ، فالرجل لا يجيبها إلىٰ مرادها ، فإن الثمار [تمتص][٣] من رطوبات الأشجار ، إن لم تُسق ، فإن سُقيت ، فالنفع يرجع بعضَ الرجوع إلى الثمار ، ولو أنها ابتدرت وجدَّت الثمرة عاجلاً ، فحق الزوج يثبت في نصف العين إذا لم تُنْتَقَص الأشجار بالثمار[٤] ولم تُكسر سَعفها وأغصانها .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : الشجرة .
(٣) في الأصل : تختص .
(٤) كذا . ولعلها « بالجداد » .

ولو قالت : خذ نصف النخيل ونصف الثمار ، فهل يجبر الزوج علىٰ قبول ذلك ؟ **فيه وجهان** : وذكر تفصيل في المؤبرة وغير المؤبرة ، فهـٰذا بيان قسمين .

القسم الثالث : فيما يتراضيان عليه ، وفيه **مسألتان** : **إحداهما** ـ أن يتراضيا علىٰ أن يسقي الزوج حتىٰ تُجدّ الثمرة ، فهـٰذا تواعد ، ولا يجب علىٰ واحد منهما الوفاء بما وعد . **والمسألة الثانية** ـ أن يتراضيا علىٰ أن يختار الزوج نصف النخيل في الحال ، وتبقى الثمرة [إلىٰ][1] الجداد ، فعلىٰ كل واحد منهما ضرار من وجه ، وقد بيّنا ابتداء كل واحد منهما بذكر هـٰذا القسم ، وأوضحنا أنه لا يُجاب إلىٰ مُلْتَمَسِه ، فإذا وقع التراضي منهما ، فقد رضي كل واحد بما يناله من الضرر في هـٰذا القسم . وليس ما وقع التراضي به تواعداً علىٰ تأخير حق ، ولـٰكن مضمون ما تراضيا عليه تعجيل حق لزم .

فهـٰذا بيان تزاحم الأقسام .

وليعلم الناظر أنا لم نغادر من البيان شيئاً ولـٰكن طباع هـٰذا الفصل تقتضي أن يكرره الناظر مراراً .

ثم وراء ذلك المقصودُ ؛ فإنا ذكرنا ابتداء كل واحد منهما ، وأوضحنا ما يُجاب إليه وما لا يُجاب ، ثم ذكرنا تراضيهما .

٨٤٢٠ـ والمقصود الأظهر أن نبيّن ما يجب تحصيله إذا ارتفعا إلىٰ مجلس الحكم متنازِعَين ، فلم تسمح تيك بالثمار ، [وروجعنا][2] في حق الزوج ، فنقول : حقه الناجز نصف القيمة ؛ فإن في الرجوع إلى العين من العُسر ما نبّهنا عليه ، ولا سبيل إلىٰ تأخير حق الزوج ، وإن عادت فرضيت ببدل المهر ، ففيه الكلام السابق . وإن رضيت بمداخلته ، ففيه اضطراب السقي . وإن قال الزوج : رضيت بتأخير حقي ، ففيه اضطراب السقي ، وإن تراضيا ، وقعنا في قسم التراضي [والتزام][3] نصف القيمة ، هـٰذا هو اللائق بمحل التنازع لا غير .

(١) في الأصل : في .
(٢) في الأصل : ورجعنا .
(٣) في الأصل : وألزم .

٨٤٢١ـ ثم وراء نجاز هـٰذا أمور مرسلة يجب التنبه لها ، منها : أنا وإن كنا نفرّع علىٰ أن نفس الطلاق يشطر الصداق من غير احتياج إلى اختيار التملك ، فذاك فيه إذا لم يعترض مانعٌ ما . أما إذا اعترض في الصداق أمثالُ ما ذكرناه من فرض لحوق الضرر بالجانبين ، فجريان الملك في عين الصداق أو/ الرجوع إلى القيمة يتوقف علىٰ ما سبق التواطؤ عليه ، أو يُفرض الإرهاقُ إليه عند التنازع . وهـٰذا وإن كان بيّناً ، فلا يضير التنبيه له .

ش ١٣٣

٨٤٢٢ـ ومما نرىٰ ذكره أنا أجرينا ذكر الثمار ، وهي طلعٌ حالة الطلاق ، ولم تؤبّر ، وأدرنا فيه التفاصيل والأقسام ، وقد ذكرنا في كتاب التفليس أن النخيل إذا أطلعت في يد المشتري ، ثم استمر الحجر ـ والثمار غير مؤبرة ـ فقد نرىٰ رجوعها إلى البائع إذا آثر فسخ البيع ، وقد يجرىٰ مثل هـٰذا في الحمل أيضاً إذا حدث ، وكان الحمل قائماً وقت الرجوع .

وهـٰذا لا يجري في الصداق ؛ والسبب فيه أن الطلع والحمل لا ينحطان عن زيادة متصلة ، وقد ذكرنا أن الزيادة المتصلة تُثبت للمرأة حق الاستسماك بعين الصداق ، والزيادة المتصلة لا أثر لها في المبيع الذي يرجع فيه البائع ، [فإنا][1] جعلنا الطلع والحمل كزيادة متصلة ، تعلق بهما رجوع البائع ، ولا يتحقق مثل هـٰذا في حق الزوج .

٨٤٢٣ـ ومما نذكره في اختتام الفصل : أنه لو أصدق امراته نوعاً آخر من الأشجار سوى النخيل ، فانعقد نَوْرُها في يدها ، فظهور النَّوْر ينزل منزلة بدوّ الطلع ، وانعقادُ الثمار مع تناثر النَّور ينزل منزلة التأبير .

وقد بان الغرضُ في كل واحد من الأصلين ، وهـٰذا نجاز الفصل .

---

(١) في الأصل : « فإذا » .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « وكذلك الأرض تزرعها أو تغرسها أو تحرثها. . . إلىٰ آخره »[١] .

رأىٰ **المزني** هـٰذه الأمور مجتمعة في كلام **الشافعي** ، ونقله علىٰ [إثر][٢] مسألة الطلع ، وظن أن الشافعي يُجري الغراس والزرع والحراثة مجرى الطلع في كل تفصيل ، وأخذ يعترض ويبيّن أن الزراعة في الأرض نقصٌ من جميع الوجوه ، في كلام طويل له ، وكلامه في بيان تفاوت الزرع والغراس والحراثة صحيح ، ولـٰكن [ظنّه أن الشافعي][٣] أجراها مجرى الطلع خطأ ، **وفي نظم كلام الشافعي تعقيدٌ لا يطلع عليه إلا من جمع إلىٰ فهمه أوفر حظ من اللغة** ، **والشافعي** ذكر فيما تقدم من المسائل ما يكون نقصاً محضاً ، وذكر ما يكون زيادةً من كل وجه ، وأبان الحكم فيما يكون زيادة من وجهٍ ونقصاناً من وجه ، ثم ذكر الزراعة والغراسة والحراثة عطفاً على الأقسام المختلفة ، ولم يعطفها على الطلع خاصة ، ونحن نذكر الآن التفصيل في المسائل التي جمعها **المزني** في الفصل .

٨٤٢٤ـ أما الزرع فنقصانٌ في الأرض من كل وجه ، فلا نكلف الزوج الرضا بنصف الأرض مزروعة ، وله نصف القيمة والأرض بيضاء ، فإن رضي بها مزروعة/ ، لزم إجابته ، وليس كما قدمناه في الثمار ؛ من جهة أن الزوج إذا رضي بنصف النخيل وتَبْقِيَةِ الثمار للمرأة ، فالسقي الذي يُنمِّي الثمار يزيد في الأشجار ، والسقي الذي ينمي الزرع لا ينفع الأرض ، فإذا رضي الزوج بنصف الأرض ، وجبت إجابته ؛ فإن الأرض لا تزداد بتعهد الزرع .

١٣٤ ي

فعلىٰ هـٰذا لو تبرعت على الزوج بنصف الزرع ـ إذا كان لا يرضىٰ بنصف الأرض لمكان الزرع ـ فقد ذكرنا وجهين في أنها لو تبرعت بنصف الثمار المؤبّرة في مسألة

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢١ .

(٢) في الأصل : أكثر .

(٣) في الأصل : ظن أنه بان للشافعي .

النخيل ، فهل يُجبر الزوج علىٰ قبوله ، والزرع في حكم الثمار المؤبرة ؟ فتخرج المسألة علىٰ وجهين في إجبار الزوج على القبول .

وهـٰذا الذي ذكره صاحب التقريب غلط مأخوذ عليه ؛ من جهة أن الثمار زيادة لا تنقص النخيل ، والزرعُ وإن كان زيادة ، فالأرض منتقِصةٌ به ، وقد ذكرنا أنه إذا اجتمعت زيادةٌ ونقصانٌ ، لم يملك واحد منهما إجبار صاحبه .

ومما يتعلق بالزرع : أن الزوج إذا طلّقها ، فابتدرت واقتلعت الزرع ؛ فالغالب أن النقص يبقىٰ في الأرض إلىٰ مدة ؛ فإن الأرض فيما ذكره الحرّاثون تضعف بالزراعة ، ولذلك يعسُر [موالاة][1] الزراعة في كل سنة ، فإن فرض زرع لا يُعقب نقصاً في الأرض ، فإذا ابتدرت وقلعت الزرع ؛ فحق الزوج [انحَصَر][2] في نصف الأرض ، فإن [أعقب][3] الزرعُ نقصاناً ، فالزوج علىٰ خِيَرته ، فإن رضي بقبول نصف الأرض مزروعة ، فعليه أن يُبقي الزرع فيها بالأجرة ؛ [لأنها][4] زرعت ـ لما زرعت ـ ملكَها الخالص . هـٰذا قولنا في الزرع .

٨٤٢٥ـ أما الغراس ؛ فإنه بمثابة الزرع في جميع ما ذكرناه ؛ فإن الأرض مفردةً ناقصةُ القيمة ، والغرس لا يزيدها شيئاً ، فإن بذلت نصف الغراس ، فهو كما لو بذلت نصف الزرع ، فلا معنىٰ للإعادة ، فهو كالزرع في كل وجه .

٨٤٢٦ـ وأما الحرث فإن كانت الأرض معدّة للزراعة ، فهو زيادة متصلة من كل وجه ، ثم لا يخفىٰ حكم الزيادة ، وإن كانت مهيّأة للبناء ، فهو نقصان ، لأنه [لا يتأتىٰ][5] البناء على الأرض المحروثة إلا ببذل مؤونة في تنضيدها ، ولا معنىٰ للإطناب بعد وضوح المقصد .

---

(١) في الأصل : « مواراة » بهـٰذا الرسم تماماً . والمثبت تصرف من المحقق . صدقته (صفوة المذهب) .
(٢) في الأصل : نقص .
(٣) في الأصل : أعقبت .
(٤) في الأصل : أنها .
(٥) في الأصل : لا يأتىٰ . والمثبت تصرفٌ من المحقق .

فَصْلٌ

قال : « ولو ولدت الأمة في يديه أو نُتجت الماشية . . . إلىٰ آخره »[1] .

٨٤٢٧ـ إذا أصدق الرجل امرأته جاريةً حاملاً ، أو شاة ماخضاً ، فهـٰذا ينبنيٰ علىٰ أن الحمل هل يقابله قسط من العوض في البيع ؟ وفيه اختلاف مذكور في موضعه . فإن قلنا : للحمل قسط ، فهو كما لو أصدقها عَيْنَين ، فإذا طلقها قبل الدخول يرجع في نصف الأم ، ولا يخلص الولد لها .

ثم يتصل بذلك/ أن الولد إذا انفصل ، فهـٰذا في حكم زيادة متصلة ، والجارية قد تُعيّبها الولادة ، فيقع التفصيل في عيبٍ بأحد العينين ، وزيادة العين الثانية . وقد تمهّد التفصيل في القاعدتين . ١٣٤ ش

والذي نزيده الآن : أن من أصحابنا من جعل نفس انفصال الولد [زيادة][2] ؛ فإنه كذلك ؛ إذ التفاوت بين الجنين وبين الولد المنفصل أكثر من التفاوت بين العبد السمين والهزيل ، وهـٰذا في ظاهره إخالة وإشعار بالفقه ، ولـٰكنه يغمض بالتفريع ؛ فإنا إذا جعلنا الولادة زيادة ، فيثبت للمرأة حق الاستمساك بالولد ، ثم بناؤنا علىٰ أن الزوج يرجع في قسط من الولد ، فكيف يقدّر رجوعه في نصف قيمة الولد ، وهو مجتنٌّ ، والجنين لا يُتقوَّمُ في البطن ؟ فأول إمكان تقويمه ، إذا انفصل . وإذا أثبتنا للزوج نصفَ قيمته منفصلاً ، ففيه نَقْضُ المصير إلىٰ أن الولد زيادة ، وإذا جاز أن تغرَمَ له نصف قيمة المولود حالة الانفصال ، فينبغي أن نُسلِّم إليه نصف المولود . وإن قال هـٰذا القائل : تُقوّم الجارية حاملاً ، ونصرف إليه نصفَ قيمتها ، وإذا فعلنا ذلك ، فقد أشركناه في الحمل ، فهـٰذا محال ؛ فإن التفريع علىٰ أن الحمل يقابله قسط من العوض ، كما يقابل أحدَ العبدين قسطٌ من الثمن إذا اشتمل العقد علىٰ عبدين .

والذي يوضح ذلك : أنا إذا ألزمنا المغرور بحرية زوجته قيمة الولد ، اعتبرنا حالة

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٢ .

(٢) في الأصل : بزيادة .

الانفصال . وإن كان تفويت الرق مستنداً إلىٰ حالة الاختيار ؛ فالصحيح إذاً أن الولد إذا انفصل ، وجرى الطلاق [بعد][١] انفصاله ـ والتفريع علىٰ أنه يُقابَل بقسطٍ من العوض ـ فالزوج يرجع في نصف الولد . نعم ، إذا مضت أيام من الانفصال ، والصبيّ ينمو فيها ، لا محالة ، فيتصل الكلام بالزيادة[٢] .

وكل ما ذكرناه فيه إذا قلنا : للولد قسط .

وإن قلنا [لا][٣] قسط له من العوض ، فإذا ولدت ، ثم [طَلّق][٤] الزوج ، فحكمها [حكم][٥] ما لو كانت [حائلاً][٦] يوم الإصداق ، فحبلت في يد الزوج وولدت ، فلا حظ للزوج في الولد ، ويقع النظر في الأم ، وقد [انتقصت][٧] بالولادة .

ثم الفرق بين أن يجري ذلك في يده أو يدها ، [قد][٨] مضىٰ مستقصًىٰ ، ونحن بنينا كتابنا هـٰذا علىٰ رفض المعادات جهدنا ، سيّما إذا قرب العهد ، ونعيد البسط لمواقع الإشكال .

٨٤٢٨ـ وقد يتصل بما انتهينا إليه أن نقصان الولادة في يد الزوج مضمون عليه ، كما بيّنا أثر ذلك ، وما يحصل من النقص في يدها يُثبت للزوج حق الخيار في الرجوع من العين إلى القيمة .

فلو كانت حاملاً في يد الزوج ، ثم ولدت في يد الزوجة ، وانتقصت بالولادة ، فهـٰذا نقصان حدث/ في يدها ، ولـٰكنه مترتب علىٰ سبب كان في يد الزوج ؛ فإن لكل جنين اتصال ، ولكل حاملةٍ تمام ، فيجب بناء هـٰذا على المبيع إذا [جُرح][٩] في يد ي ١٣٥

(١) في الأصل : مع .
(٢) أي أنه لا يرجع بنصفه لزيادته .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) في الأصل : طلقت .
(٥) في الأصل : « حكمه » .
(٦) في الأصل : حائلة .
(٧) في الأصل : انقضت .
(٨) في الأصل : « وقد » بزيادة (الواو) .
(٩) في الأصل : خرج .

البائع ، ثم سرت الجراحة في يد المشتري ، فقد ظهر الاختلاف في ذلك : من **أصحابنا** من جعل السراية من ضمان البائع ؛ لأن سببها الجراحة ، فعلىٰ هـٰذا نقصان الولادة من ضمان الزوج ، وإن حدث في يدها ؛ لأن الحمل كان موجوداً في يده .

ومن **أصحابنا** من قال : نقصان السراية من ضمان المشتري ؛ لأنه حدث في يده ، فعلىٰ هـٰذا نقصان الولادة من ضمانها .

وقد بان حكم ضمانه وضمانها وإبراءُ كل واحد من الضمانين .

٨٤٢٩ـ ثم إن **المزني** اختار من القول في كيفية الضمان ، أن الصداق مضمون بالعقد ، واحتج بنصوص **الشافعي في مسائلَ** ، وأخذ يُعدّدها ، ونحن نتبع ما أورد ، ونذكر في كل مسألة ما يليق بها ، مع اجتناب التكرير جهدَنا .

فمما استشهد به : **مسألة** من مسائل الصداق ، ذكرها **الشافعي** في كتاب الخلع ـ وهي : أن الزوج إذا أصدق امرأته داراً ، فاحترقت ، قال **الشافعي** [في][1] جواب المسألة : المرأةُ بالخيار بين أن تفسخ وترجع بمهر المثل ، وبين أن ترضىٰ بالعَرْصَة [وتجيزَها][2] بحصتها من المهر .

وهـٰذه المسألة لها مقدمة مذكورة في الكتب ، ونحن نذكر منها قدر الحاجة ، ثم نرمز إلىٰ تخريج المسألة على الأصول وتنزيلها عليها ، فنقول : إذا اشترى الرجل عبدين ، فتلف أحدهما في يد البائع ، فالقول الأصح : أن العقد لا ينفسخ في القائم ، وينفسخ في التالف ، والقاعدةُ أن العقد إذا ورد علىٰ ما يقبل العقد وعلىٰ ما لا يقبله ، وبطل فيما لا يقبله ، ففي بطلانه فيما يقبله القولان المعروفان . ثم إن صححنا العقد ، فالخيار معروف ، فإن اختار المشتري الإجازة ؛ فإنه يجيز العقد فيما قَبِل العقدُ بجميع الثمن أو بقسطه ؟ فعلىٰ قولين .

وإذا تلف أحد العبدين ، فالأظهر أن الانفساخ في التالف لا يوجب الانفساخ في

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : « وتحيزها » . وأصر الناسخ علىٰ تأكيد هـٰذا برسم حاء صغيرة تحت حرف الحاء .

القائم ؛ فإن العقد قد ورد عليهما ، وكان سبب ارتفاعه في التالف تلفَه ، ثم إذا فُرضت الإجازة ، فالمذهب : أن العقد يجاز في الباقي بقسطٍ ، بخلاف ما ذكرناه في أول العقد . والفرق أن الثمن في أول العقد لم يقابل أحدهما ، وقد قابل الثمن [العبدين ،][١] ويستحيل إذا تلف أحدهما أن يقابل [بتمامه][٢] الثاني ، علىٰ مناقضة المقابلة التي جرت ، وهـٰذا مذكور في تفريق الصفقة ، فهـٰذا أصلٌ جدّدنا العهد به .

ش ١٣٥ ومن الأصول أن أطراف العبد أوصافٌ ، ولا يثبت لها حكم/ الانفراد في المقابلة بالعوض ، وإذا اشترى الرجل داراً ، فانهدمت ، نظر : فإن كان النقضُ قائماً ؛ فالذي فات ، أوصافٌ لا تقابل بقسطٍ من العوض ، وإن فات النقضُ باحتراق أو [جرف][٣] سيل ، وبقيت العَرْصَةُ بيضاءَ ، فقد ظهر اختلاف أصحابنا في أعيان النقض ، فمنهم من أجراها مجرىٰ أطراف العبد ، حتىٰ تقدّر أوصافَ العبد ، ومنهم من أجراها مجرىٰ عبدٍ مع عبدٍ إذا فرض التلف في أحدهما ، وقد تقدم تمهيد ذلك في المعاملات .

ونحن نرجع بعد هـٰذا إلىٰ غرض المسألة ، فإذا أصدق الرجل امرأته داراً فانهدمت ، نُظر : فإن فات النظم والتآلف ، والنقضُ قائم ؛ فلها الخيار إذا جرىٰ ذلك في يد الزوج . ثم القول في الفسخ والإجازة ، وما يقع الرجوع به [من][٤] مهر المثل والقيمة علىٰ ما تفصّل في نقصان الصداق بالآفة السماوية .

وإن فات عين النقض ، خرج هـٰذا علىٰ أن النقض صفةٌ أو عين مقصودة ، فهو كما إذا أصدقها عبداً ، فسقطت أطرافه .

ومحل تعلق المزني أنه نقل عن الشافعي رجوعها إلىٰ مهر المثل ، وطريق الجواب في مثل هـٰذا بيّن .

---

(١) في الأصل : للعبدين .
(٢) في الأصل : لتمام .
(٣) في الأصل : خرق .
(٤) في الأصل : في .

فصل

قال : « ولو جعل ثمر النخل في قواريرَ وجعل عليها صَقَراً من صقَر نخلها . . . إلىٰ آخره »(١) .

الصَّقَر(٢) قُطارة الرطب من غير أن يعرض على النار ، فإن عُرض على النار ، فهو دِبْس ، وإنما صور **الشافعي** هـٰذه المسألة علىٰ عادة الحجازيين ، فإنهم يجتنون الرطب ، ويتركونه في قوارير ويصبّون عليه من القَطْر استبقاءً لرطوبة الرطب ، وقد يسمونه كذلك .

فصورة المسألة : أنه إذا أصدقها نخلة [فجعل](٣) علىٰ رطبها صقراً ، ويفضي الأمر إلى التفصيل في انتهاء التغير إلى التعيّب ، وفي نقيض ذلك .

واختلف **أصحابنا** في وضع المسألة وتصويرها . فمنهم من قال : صورتها إذا كانت الثمرة صداقاً ، وكانت كائنةً حالة الإصداق ؛ فإن أصدقها نخلة عليها ثمرةٌ مؤبرة أو غير مؤبرة ، ثم فعل بالثمرة وصقْرها ما وصفناه . وإنما حمل هـٰؤلاء النصَّ علىٰ هـٰذه الصورة ؛ لأن **الشافعي** أثبت لها الخيارَ [لما](٤) يلحق الثمرةَ وعصيرها من التغير . وهـٰذا يتضمن كونها صداقاً ، فتفريع هـٰذه المسألة عند هـٰذا القائل أن يقول : إذا كانت الثمرة وصقرها موجودةً حالة العقد [ووقعت](٥) صداقاً ، فلا يخلو ، إما ألا ينتقص الرطب والصقر ، فإن كان ذلك ، فلا خيار لها ، والزوج كفاها شغل الاجتناء ، وتحمل المؤنة . وإن انتقص ، فلا يخلو إما أن يكون ذلك انتقاص صفةٍ أو انتقاص عَيْن . فإن كان نقصانَ صفةٍ ، وذلك بأن كان العصير يساوي/ ثلاثة دراهم ، فعاد إلىٰ درهمين ، والمكيلة بحالها لم تنتقص ، فلها الخيار . فإن فسخت ، لم يخفَ تفريعُها

١٣٦ ي

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٤ .
(٢) بفتح القاف وسكونها .
(٣) سقطت من الأصل .
(٤) زيادة اقتضاها السياق .
(٥) في الأصل : « وقعت » .

على اختلاف الأحوال ، فالمسألة مفروضة في نقصٍ ثبت بسبب فعلٍ من الزوج ، وهو بمثابة عيب لحق المبيع بجناية البائع ، ولسنا لإعادة تلك الفصول . [فإن][1] أجازت العقد ، فتخريج أرش النقصان علىٰ قولي اليد والعقد كما مضىٰ .

٨٤٣٠ـ وإن كان النقصان نقصانَ عين ـ مثل أن كان أخذ من الصقر مكيلتين ، فشربت الأرطاب مكيلةً ، وبقي مكيلةٌ ، فحكم ذلك حكمُ ما لو أصدقها عبدين ، ثم أتلف الزوجُ أحدَهما . ولا يخفىٰ تفريع ذلك .

ثم يتصل الكلام : إذا رأينا ـ علىٰ قول اليد ـ لها الرجوع إلىٰ بدل الفائت ، لا إلىٰ بدل البضع ، فالنظر في المِثْل والقيمة ، والقول في أن الرطب هل هو من ذوات الأمثال ، وكذلك الصقر إذا طبخ ومازجه ماء ، أو كان صِرْفاً ، كل ذلك مما تقدم .

وهـٰذه المسألة وأمثالها يُطوِّلُها المتكلّفون بإعادة الأصول ، ثم لا يعتنون بالغوص علىٰ جليّات المسائل فضلاً عن [مُعوصاتها][2] .

وقد يطرأ في أمثال هـٰذه المسألة ما يجب التنبه له ، فقد تزلّ عنه القريحة ، وذلك أن الرطب إذا تشرب بعض الصقر ، وصار مستهلكاً فيه وزناً ، ولـٰكن ازدادت قيمةُ الرطب ، [فما][3] نقص من مكيلة الصقر مضمون ، وإن ازدادت قيمة الرطب بسبب ما تشرب من الصقر ، وهـٰذا بمثابة ما لو أصدق امرأته قضيماً[4] ودابة ، ثم عُلفت الدابةُ القضيمَ ، فانتفعت الدابّة وسمنت ، فتلك الزيادة حق المرأة ، والقضيم مضمون على الزوج .

٨٤٣١ـ ومن **أصحابنا** من قال صورة المسألة فيه إذا لم تكن[5] للمرأة صداقاً ، وما كانت موجودة حالة العقد ، بل كان أصدقها نخلة ، ثم أثمرت في يده ، فالثمرة

---

(١) في الأصل : وإن .
(٢) في الأصل : مغضاتها .
(٣) في الأصل : فيما .
(٤) القضيم : فعيلٌ من قضم . والمراد به هنا العلف .
(٥) لم تكن : أي الثمرة .

تحدث ملكاً لها . وليست من جملة الصداق . ونص **الشافعي** مصرِّحٌ بهٰذا في **الكبير** .

فإذا كانت الصورة مفروضة علىٰ هٰذا الوجه ، فليست المسألة من مسائل الصداق ، ولٰكنها من مسائل [الغصوب][1] ، فهو كما لو غصب رجل رطباً وعصيراً ، وصب العصير على الرطب ، فالقول في ذلك ينقسم وينفصل ، وقد يتعفن الرطب تعفناً سارياً غير متناهي العفن ، وقد مضىٰ ذلك مستقصًىٰ في كتاب الغصوب . فلا معنىٰ للخوض فيه .

وقد يقع الفرْضُ فيه إذا صب على التمر الذي ليس بصداق صقْراً من عند نفسه ، فيكون كنظائره في الغصوب ، مثل أن يغصب ثوباً فيصبغه بصبغ من عند نفسه ، وهو من أصول الغصوب ، ولست أوثر أن أذكر في هٰذه المسائل/ إلا مراسمها ، ولا ينقطع ترتيب فصول [السواد][2] ، وإلا فلا معنىٰ لإعادة الأصول . وقد تمس الحاجة إلىٰ إعادة أطرافٍ منها ، والمقصودُ غيرُها ، أما إعادتها بأعيانها ، فلا يليق بغرضنا .

١٣٦ ش

٨٤٣٢ـ ومما ذكره **الأصحاب** أن الثمرة لو كانت صداقاً ، فصب عليها الزوج من صقْر نفسه ، وجعلها في قارورة ، فإن لم تنتقص ، فلا خيار لها ، فالزوج ينزع صقره . وإن انتقص الثمرة ، فهٰذه مسألة نقصان الصداق بجناية الزوج ، وقد مضىٰ تفصيله . وإن كانت الثمرة تنتقص لو نزع الصقْر منها ، ولا نقص مع الصقر ، أو كانت تنتقص لو أزيلت مع الصقر عن القوارير ؛ فقال الزوج : تركت صقري والقوارير على الزوجة ، فهٰذا بمثابة **مسألة النَّعل**[3] ، وفيها التفصيل المفرد في البيع ، والظاهر أن المرأة تجبر على القبول ، وكذلك القول في مسألة [النّعل][4] ، ثم لو فُرّغت القارورة وزايل **النعلُ** ، فهل يستردهما من كان مالكهما ؟ فيه وجهان . والخلاف راجع إلىٰ أن

---

(١) في الأصل : « الصداق » وهو سبق قلم .

(٢) في الأصل : « الشواذ » وهو تصحيف لـ(السواد) الذي يعني به مختصر المزني ، كما تكرر ذلك مراراً .

(٣) يشير إلىٰ مسألة من مسائل الرد بالعيب ، فيمن اشترىٰ حصاناً ونعله ، ثم وجد به عيباً قديماً ، فأراد ردّه ، فما حكم نزع النعل إذا أثّر أو لم يؤثر ؟ وقد بسطها الإمام في موضعها من البيوع .

(٤) في الأصل حرفت إلىٰ (البغل) هنا وفي الموضوع السابق .

التَّرك تمليكٌ أو[١] ليس بتمليك . ويمكن أن يقال : إن لم نجعله تمليكاً ، فلا يمتنع الإجبار عليه ، وإن جعلناه تمليكاً ؛ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنا نُجبرها عليه ؛ لأنه تبعٌ ، ولا مِنّةَ فيه ؛ إذ للزوج غرض ظاهر سوىٰ [الامتنان][٢] . **والوجه الثاني** ـ أنا لا [نجبرها][٣] ؛ لأن الإجبار على التمليك ـ وهي مطلقة ـ بعيد .

فَصْلٌ

قال : « وكل ما أصيب في يده بفعله أو فعل غيره . . . إلىٰ آخره »[٤] .

٨٤٣٣ـ نصُّ الشافعي في هٰذا الفصل يدل علىٰ أن الصداق مضمون ضمان المغصوب ؛ فإنه قال : « فهو كالغاصب » . ثم استثنىٰ مسألة ، وهي : إذا كان الصداق [أَمةً][٥] فوطئها ، وادعى الجهالة ، وقال : كنت أظن أنها لا تَملِك قبل الدخول إلا النصف ، فيُصدّق في دعوى الجهالة ، وكيف لا وقد صار إلىٰ ذلك مالك[٦] ، ثم لا يخفىٰ حكم ثبوت النسب ، أو فرض علوق وحكم الحرية ، ولا تثبت [أُميّة][٧] الولد في الحال ، ولو ملكها يوماً من الدهر ؛ ففي ثبوت أمومة الولد قولان مشهوران .

ومن غصب جارية ، وأصابها ، وادّعى الجهالة ، لم يصدق . وقد سبق صدرٌ صالح في دعوى الجهالة حيث تُحتمل وحيث يبعد احتمالها ، فلا حاجة إلىٰ شيء مما ذكرناه .

---

(١) في الأصل : تمليك وليس بتمليك .
(٢) في الأصل : « الايتمان » بهٰذا الرسم تماماً .
(٣) في الأصل : نجبره .
(٤) ر . المختصر : ٤/ ٢٤ .
(٥) في الأصل : مجهولاً .
(٦) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/٧١٦ مسألة ١٢٩٥ .
(٧) في الأصل : « أم » .

فصل

قال : « ولو أصدقها شقصاً من دارٍ ففيه الشفعة . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٤٣٤ـ هـٰذا من أصول الشفعة ، فالشقص المذكور صداقاً ، أو بدلاً في الخلع ، أو في المصالحة عن دم العمد مستحَقٌّ بالشفعة ، فيأخذه الشفيع بمهر المثل في النكاح والخلع ، وببدل الدم من الصلح عن الدم .

وإذا ذُكر الشقص صداقاً ، وفُرض الطلاق ، ففي المسألة **ثلاث صور** : **إحداها**/ ـ ١٣٧ ي أن يأخذ الشفيع ، ثم يُفرض الطلاق ؛ فهو كما لو باعت الشقص ، ثم طلقها الزوج ، فالرجوع بنصف القيمة .

وإن طلق الزوج واتصل به طلب الشفيع ، فحضرا معاً ؛ فهـٰذه المسألة المعروفة بين **المروزي وابن الحداد** تعارضها مسألة الإفلاس ، وتردد الشقص بين رجوع البائع وأخذ الشفيع ، فلتطلب هـٰذه المسألة في موضعها .

والمسألة الثالثة : أن يجرى الطلاق والشفيع غائب ، ثم يحضر ويبتدىء الطلب ، فإن قدمنا الزوج في المسألة الأولىٰ على الشفيع ، فلا شك في تقدمه في الأخيرة ، وإن قدمنا الشفيع إذا جاء والزوج معاً ، ووقع الطلاق ، وطلب الشفعة على اجتماع ، فإذا تقدم الطلاق علىٰ طلب الشفيع ؛ ففي المسألة وجهان .

وفصَل بعض **أصحابنا** بين أن يأخذ الزوج ، ثم يجيء الشفيع ، وبين ألا يأخذ ، وقال : إذا أخذه لم ينقض عليه .

فانتظم في المسألة الأخيرة **ثلاثة أوجه** بعد الترتيب على الثانية .

والفصلُ بين أن يأخذه قبل مجيء الشفيع وبين ألا يأخذ ـ التفاتٌ[٢] علىٰ أصلٍ في الشفعة ، وهو أن الشفيع إذا لم يشعر بالشفعة حتىٰ باع الشقص الذي هو شريك به ؛ ففي بطلان حقه من الشفعة قولان ، والفرق بين أن يأخذ وبين ألا يأخذ لا حاصل له ،

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٥ .

(٢) « التفاتٌ » خبرٌ للمبتدأ : « والفصل بين أن يأخذه . . . » .

إذا كان التفريع على الظاهر في أن نفس الطلاق يشطّر الصداق ، فإن كان وجه الفصل تفريعاً علىٰ أن ملك الزوج يتوقف على اختيار التملك ، فقد يتجه ذلك .

فصل

قال المزني : « اختلف قوله في الرجل يتزوجها بعبد يساوي ألفاً علىٰ إن زادته ألفاً . . . إلىٰ آخره »[1] .

٨٤٣٥ـ إذا جمع بين النكاح والبيع مثل أن يقول : « زوجتك ابنتي هـٰذه وبعت منك هـٰذا العبد بألف درهم ، وقيمة العبد ألف » ، فقال : « تزوجتها واشتريت العبد علىٰ هـٰذا » . أوقال[2] : « قبلت النكاح والعقدَ في العبد » والغرض ألا يُغفلا لفظ النكاح والتزويج . وقد يكون العبد من جانب الزوج ، فيقول : « تزوجت ابنتك علىٰ هـٰذا العبد ، علىٰ أن تعطيني ألفاً » ، ومهر المثل ألف ، وقيمة العبد ألف ، فنصف العبد المبيعُ والنصف صداق ، فهـٰذه صفقة جمعت عقدين مختلفي الحكم ، **وللشافعي قولان ، أظهرهما ـ** الصحة . **والقول الثاني ـ** أن الصفقة لا تصح .

وقد ذكرنا هـٰذا في ترتيب تفريق الصفقة ، فنذكر ما يليق من هـٰذا الأصل بالنكاح والصداق .

فإن قلنا : الصفقة صحيحة ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون العبد من جانبه وردُّ الألف من جانبها ، أو يكون الألف من جانبه والعبد من جانبها . فإن كان العبد من جانبه ، فالنصف منه صداق ، والنصف مبيع بالألف ، فلو/ اطلعت علىٰ عيب به ، وفسخت ، استردت الألف الذي كان ثمناً لنصف العبد ، وترجع بسبب الصداق بمهر المثل في قول ، وبنصف قيمة العبد في قول ـ كما سبق . ولو أرادت أن ترد النصف بالعبد ـ إما المبيع وإما الصداق ـ ففي المسألة **قولان** ، كالقولين في العبدين إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيباً ، فأراد ردَّه ، وإمساكَ الآخر . ووجه الشبه أن العقد هناك وإن اتحد ، (ش ١٣٧)

---
(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٥ .
(٢) في الأصل : وقال .

فقد تعدد المعقود عليه ، وهاهنا اتحد العبد وتعددت الجهة والعقد .

ولو جرىٰ فسخ قبل المسيس يوجب رد الصداق ، يرتد نصف العبد إلى الزوج ، فإنه كل الصداق ـ والفرض في فسخٍ يوجب رد جميع الصداق ـ ويبقى النصف الآخر من العبد بحكم الشراء .

ولو طلقها قبل الدخول ، رجع ربع العبد إلى الزوج ، وبقي ثلاثة أرباعه ـ الربع منه بحكم الصداق ، والنصف بحكم الشراء ، ولو فرض التفريق على الوجه الآخر ، لم يخف تفريع المسألة ، وقصاراها التَّدْوارُ على التفريع وما ترجع المرأة به .

فَصْلٌ

قال : « **ولو أصدقها عبداً فدبّرته . . . إلىٰ آخره** »[1] .

٨٤٣٦ـ إذا دبّرت المرأة عبد الصداق ، وطلقها زوجها قبل المسيس ؛ فالذي نقله **المزني** : أنه لا يرتد إلى الزوج نصف العبد ، وأن رجوعه إلىٰ نصف القيمة ، فاقتضى النص كونَ التدبير مانعاً من الرجوع إلى الزوج ، واختار **المزني** أن النصف من العبد يرتد إلى الزوج وينتقض الترتيب فيه .

وفي المسألة طرق **للأصحاب** ، منهم من قال : القول في ذلك علىٰ قول **الشافعي** : إن التدبير وصية ، أو تعليق عتق بصفة ؟ فإن قلنا : التدبير وصية ، يُشَطَّر الملك في العبد بالطلاق ، كما لو أوصت بأن يعتق ذلك العبد عنها بعد الموت ، ثم طلقها الزوج ؛ فالوصية تنتقض في النصف ، ويرتد إلى الزوج ملكاً . وإن قلنا : التدبير تعليق ، فالتعليق لا يقبل الرجوع ، بخلاف الوصية ، فكان مانعاً من الارتداد إلى الزوج بلزومه .

وهـٰذا غير سديد ؛ من قبل أن التعليق بالصفة لا يمنع إزالة الملك ، وللمعلِّق أن يبيع العبد الذي علَّق عتقه بالصفة ، كما له أن يبيع العبد الموصىٰ بعتقه ، فافتراق التعليق والوصية في أنه يتصور الرجوع عن الوصية صريحاً ، ولا يصح الرجوع عن

---

(١) ر . المختصر : ٢٦/٤ .

التعليق صريحاً ، لا يوجب فرقاً بينهما في جواز البيع والهبة وغيرهما من جهات التصرفات التي تستدعي الملك التام .

ومن **أصحابنا** من قال : التدبير في عبد الصداق يمنع الارتداد إلى الملك التام .

ي ١٣٨ ومن **أصحابنا** من قال/ : التدبير في عبد الصداق يمنع الارتداد إلى الزوج قولاً واحداً ، سواء حكمنا بأن التدبير وصية ، أو قلنا : إنه تعليق عتق بصفة ؛ وذلك لأنها إذا دبّرت وقد قصدت التصرف بعقد عتاقة ، وعلّقت ذلك العقدَ بالعبد ، فينبغي ألا ينتقض قصدها ؟ فإنا إذا كنا نمنع الزوج من الرجوع إلىٰ نصف الصداق إذا زاد أدنىٰ زيادة ، مع علمنا بأن الزيادة المتصلة لا أثر لها في الفسوخ والعقود والردود ، فتعلُّقُ غرضها بعقد العَتاقة لا ينقص عن الزيادة المتصلة .

ثم من سلك هـٰذه [الطريقة][١] ، إذا قيل لهم : لو لم تدبره ، ولـٰكنها صرحت بالوصية بعتقه ، أو علقت عتق عبد الصداق بصفةٍ ، فماذا تقولون ؟ فقد اختلف جواب هـٰؤلاء . فقال قائلون : التصريح بالوصية وتعليق العتق يمنعان مع التدبير . وقال آخرون : المنع يختص بالتدبير ؛ فإنا وإن أحللناه محل الوصية أو محل التعليق ، فلسنا [ننكر][٢] أن التدبير عقدُ عتاقة في الشرع ، وبه يتحقق تجرّد القصد إلى التقرّب .

وأما التعليق بالصفات ؛ فإنه من أحكام المعاملات ، والوصية لا يُقْدم عليها الموصي إلا وهو يثبت لنفسه مستدركَ الرجوع .

فإن قيل : فالتدبير مع ذلك [يقبل][٣] الرجوعَ في قولٍ ـ والإبطالَ بإزالة الملك في قول ؟ قلنا : إنما يَقْبله ممن أنشأه ، [فأما إبطاله عليها لحق الزوج][٤] ، فهو بعيد .

ومن اشترىٰ عبداً بثوب ، وقبض العبد ودبّره ، ثم ردّ صاحبه الثوب عليه بعيب قديم ، فالمذهب الأصح : أن العبد يرتد ، والتدبير ينتقض ، قولاً واحداً ، لقوة الفسخ واستيلاء سلطانه . ولذلك لا تؤثر الزيادة المتصلة في منع الارتداد بالفسخ ،

---

(١) سقطت من الأصل .
(٢) في الأصل : نذكر .
(٣) في الأصل : قبل .
(٤) في الأصل : « فلها أن تبطل عليه الحق للزوج » والمثبت من (صفوة المذهب) .

بخلاف الارتداد إلى الزوج بحكم الطلاق ، أو بما يحل محل الطلاق مما يوجب التشطير قبل المسيس .

وأبعد بعض **الأصحاب** فجعل التدبير مانعاً من الارتداد بالفسخ ، كما يكون مانعاً من التشطير بالطلاق ، وهـٰذا بعيد غير معتد به .

ومن **أصحابنا** من قطع بأن التدبير في عبد الصداق لا يمنع تشطيره ، وهـٰذا هو القياس الظاهر ، ولـٰكنه مخالف للنص ، ويقبح ترك النص الصريح ، والوجه : إثباته قطعاً أو قولاً ، وتوجيهه بما يمكن ، والله أعلم .

٨٤٣٧ـ والذي جرىٰ في المسألة بعد طرق **الأصحاب** سببان : **أحدهما** ـ التردد في أن التصريح بالوصية والتعليق هل ينزل منزلة التدبير ؟ **والثاني** ـ أن التدبير إذا رأيناه مانعاً من التشطير ، فقد يمنع من الارتداد في الفسوخ ، ومن الرجوع في الهبة ، فيه الوجهان المذكوران . فمن **أصحابنا** من عمّم المنع في هـٰذه الأبواب ، وجعل/ التدبير بمثابة زوال الملك في جميعها . ومنهم من خصص المنع بالتشطير ؛ لما ذكرناه من تنزيل التدبير منزلة الزيادة المتصلة فاختص بباب التشطر في الصداق . فهـٰذا حاصل القول في المسألة .

١٣٨ ش

٨٤٣٨ـ ثم إن جعلنا التدبير مانعاً من التشطير ؛ فلو دبرت عبد الصداق ، ثم أبطلت التدبير بالرجوع في التدبير صريحاً ، فهل يكون هـٰذا بمثابة ما إذا زال ملكها عن عبد الصداق ، ثم عاد إليها ملكاً ، ثم طلقها الزوج قبل المسيس ؟ فعلىٰ **وجهين** . من **أصحابنا** من جعل طريان التدبير وزواله بمثابة طريان زوال الملك وعوده قبل الطلاق . ومنهم من قال : ليس كزوال الملك ، وإن جعلناه مانعاً من التشطير إذا كان ثابتاً عند الطلاق ، قياساً على الزيادة المتصلة ؛ فإنها وإن كانت مانعة في ثبوتها عند الطلاق ، فلو طرأت وزالت ، وعاد الصداق إلىٰ ما كان عليه حالة العقد ، فما تقدم من الطريان والزوال لا أثر له في منع التشطير .

وهـٰذا نجاز المسألة . وسيأتي القول في حقيقة التدبير في كتابه ، إن شاء الله تعالىٰ .

٨٤٣٩ـ ثم تكلم **الأصحاب** في زوال ملك المرأة عن الصداق وعوده إلىٰ ملكها ، وهـٰذا مما تكرر في كتاب التفليس ، والرد بالعيب ، والضابط للأبواب أن الملك الزائل فالعائد ، بمثابة الملك الذي لم يعد ، أم بمثابة الملك الذي لم يزُل ؟ فيه قولان . ثم ينفصل كل باب علىٰ حسب ما يليق به .

والقدر الذي يتعلق بهـٰذا الكتاب طرد الخلاف في الشطر من غير فرق بين جهةٍ في العود [وجهةٍ][١] ، وإنما تختلف [التفاصيل][٢] في المبيع إذا خرج ثم عاد ببيع ، ثم فرض الاطلاع على العيب ؛ فهـٰذا يضطرب الرأي فيه لإمكان الرد في البيع الجديد ، [وتحمله][٣] في البيع القديم ، علىٰ ما مضىٰ مستقصًىٰ في موضعه .

أما في الصداق ؛ فإذا تحقق الزوال والعود ، فلا نظر إلىٰ تفاصيل الجهات ، وبالجملة : زوال الملك أظهرُ أثراً في منع التشطر منه في منع الفسوخ ؛ لما مهدناه من ضعف التشطر ، والشاهد فيه منع الزيادة المتصلة [له][٤] وإثبات الخِيَرة لها ، ثم حيث جعلنا زوال الملك مؤثراً في المنع ، فهو فيه إذا زال زوالاً لازماً ، فإن كان الزوال علىٰ نعت الجواز ، مثل أن يبيع بشرط الخيار ـ والتفريع علىٰ زوال الملك ـ فإذا انتقض البيع وارتد الصداق إليها ؛ ثم طلقت ؛ ففي هـٰذا النوع من الزوال وجهان . وطريان الرهن وزواله لا يؤثر .

وإذا كاتبت عبدَ الصداق ، ثم عجَّز المكاتبُ نفسَه ، وانقلب رقيقاً ؛ فهـٰذا أجراه **القاضي** مجرىٰ زوال الملك على اللزوم ، وطرد الخلاف علىٰ ما ذكرناه ، وهو مرتب عندنا علىٰ زوال الملك ؛ فإنّ/ المكاتب مِلْكُ المولىٰ إلى العتاقة ، وإن تضمنت الكتابة حيلولة ، فالرهن يتضمنه أيضاً ، ثم لا يؤثر طريان الرهن . ي ١٣٩

٨٤٤٠ـ ثم قال الشافعي : « ولو تزوّجها علىٰ عبد ، فَوُجِد حراً ، فعليه قيمته . . .

---

(١) في الأصل : وجهته .
(٢) في الأصل : التفاصل .
(٣) في الأصل : وتخيله .
(٤) في الأصل : به . والضمير في (له) يعود على التشطّر .

إلىٰ آخره »[١] . وهـٰذا نص من الشافعي على الرجوع إلى القيمة في اقتران الفساد بالصداق ، وقد فصلنا هـٰذا في تمهيد القواعد علىٰ أحسن الوجوه ، فلا حاجة إلىٰ إعادتها .

فَصْلٌ

قال : « إذا شاهد الزوجُ الوليَّ والمرأةَ أن المهر كذا . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٨٤٤١ـ صورة المسألة : إذا تواطآ علىٰ مقدار من المهر سراً ، واتفقا علىٰ أن يُظهرا أكثر ، فإذا جرى العقد علانية بالمبلغ الكثير بعد تقدم التواطؤ ، قال **المزني** : اختلف قوله في ذلك . فقال في موضعٍ : السرّ ، وقال في موضع : العلانية . ثم قال : هـٰذا عندي أولىٰ ؛ لأنه إنما ينظر إلى العقود ، وما قبلها وعدٌ ، هـٰذا نقل **المزني** واختياره .

وقد اختلف **أصحابنا** علىٰ طريقين ، فمنهم من قطع بأن الاعتبار بمهر العلانية ، وما جرىٰ من التواطؤ في السرّ لا حكم له ، فهو [وعدٌ][٣] كما قاله **المزني** ، والمعوّل علىٰ ما جرى العقد به لا غير ، وهـٰؤلاء يحملون نص **الشافعي** علىٰ فرض إجراء عقد في السر بالمبلغ الذي وقع التراضي عليه ، ويشهد لذلك قوله « إذا شاهد الزوج الولي » فذكر الولي يشعر بجريان العقد ، وهـٰذا وإن كان قياساً ، فهو مخالف للنص .

ومن **أصحابنا** من أجرى القولين ، كما نقله **المزني** ـ ثم هـٰؤلاء اختلفوا علىٰ طريقين ، فمنهم من قال : القولان مفروضان فيه إذا قالا : المهر ألف ، وقد تواضعنا بيننا علىٰ أن نجعل ذكر الألفين علانيةً عبارة عن الألف الذي وقع التراضي به ، فإذا جرىٰ ذلك كذلك ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن الاعتبار بمهر السرّ ؛ فإنهما جعلا الألفين عبارة عن الألف ، واللغات اصطلاحات ، وليس يبعد عن القياس تحريفها ؛ فإنها لا معنىٰ لأعيانها ، وإنما المقصود معانيها ، وما يقع التفاهم به فيها .

---

(١) ر . المختصر : ٤/٢٦ .

(٢) ر . المختصر : ٤/٢٧ . وفي الأصل : « . . . الزوج والولي والمرأة » والمثبت عبارة المختصر .

(٣) زيادة من المحقق .

والقول الثاني - أن الواجب مهر العلانية ؛ فإنهما أجريا لفظاً صريحاً في العقد ، والصرائح لا تحال ولا تُزال عن حقائقها بما يفرض من تواطؤ وتواضع . وهـٰؤلاء يقولون : لو وقع التراضي سراً علىٰ خلاف هـٰذا الوجه ، وقالا المهر مهر السر ، ولم يتعرضا لتعيين اللغة ، كما نصصنا عليه ؛ فالذي تقدم وعد ، والتعويل على المذكور في العقد ، كما ذكره **المزني** .

ومن **أصحابنا** من طرد القولين ، وإن لم يجر تعرض لتغيير اللغة بطريق المواضعة والاصطلاح ، وذلك أنه وإن لم يقع لتغيير اللغة تعرض ، فالمراد آيلٌ إلىٰ ذلك .

ش ١٣٩ ثم بنىٰ **الأئمة** علىٰ هـٰذه/ القاعدة جملةَ الأحكام المتلقاة من الألفاظ ، فإذا قال الزوج لزجته : إذا دخلت أنت طالق ثلاثاً ، لم أرد به الطلاق ، وإنما غرضي أن تقومي أو تقعدي ، أو غرضي بالثلاث الواحدة ، فظاهر المذهب : أن ذلك لا يقبل منه .

وفي هـٰذه المسألة الوجه البعيد الذي ذكرناه في مهر السر والعلانية ، وسنبسط القول في هـٰذا في مسائل الطلاق ، عند اعتنائي بذكر الصرائح والكنايات ، والأمور الظاهرة والباطنة ومسائل التدبير .

فَصْلٌ

قال : « وإن عقد عليها النكاح بعشرين يوم الخميس . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٤٤٢ـ إذا ادعت المرأة أنه نكحها يوم الخميس بعشرين ، ويوم الجمعة بثلاثين ، وطلبت المهرين ؛ فدعواها مسموعة . فإن ثبت العقدان بإقراره وبالبينة ، أو نكل عن اليمين ، فرُدّت اليمين عليها ، فحلفت ، ثبت المهران .

فإن ادعى الزوج بعد ثبوت النكاحين أنه لم يصب في النكاح الأول ، فالقول في هـٰذا قوله مع يمينه بناءً على الأصول التي مهدناها ؛ إذ قلنا : إذا اجتمع النفي والإثبات في تداعي الزوجين في الإصابة ، فالقول قول النافي إلا في المسائل التي استثناها .

ثم ما ذكره **الأصحاب** أن الزوج لو لم يتعرض لنفي الإصابة في النكاح الأول ،

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٧ .

فللمرأة طلب المهرين على الكمال ، ولا حاجة بها إلىٰ إثبات المسيس في النكاح الأول ، وإن كان المهر لا يتقرر إلا به ، ونفس النكاح الثاني يدل على ارتفاع النكاح الأول ، فكأن النكاح الأول ثبت وارتفع ، ولم يثبت فيه المسيس ، وطلب جميع المهر من غير مسيس على استمرار النكاح ممكن ، فأما إذا ارتفع النكاح ، فلا يمكنها طلب المهر علىٰ قياس استمرار النكاح ، والأصل عدم المسيس ، ولـٰكن يعارض هـٰذا أن المهر ثبت بالنكاح على الكمال ، فعلىٰ من يدعي سقوط شطر منه أن يتعرض له ، ولـٰكن يتطرق إلىٰ هـٰذا أن الزوج لو ادعىٰ نفي الإصابة صُدِّق مع يمين ، ولم يطالَب بأمر آخر .

فليتأمل الناظر هـٰذا ، وليفهم لطفَ مأخذه ، فالأصل ثبوت المهر ، وهـٰذا يستمر في سكوت من عليه المهر .

فإن ادعىٰ عدمَ المسيس صُدِّق مع يمينه ، وإن لم يدّع طولب بتمام المهر ، بناء علىٰ ثبوته . فإذاً على الزوج إثبات مقتضى التشطر بيمينه .

وحجج الخصومات منقسمة ، وهـٰذا كما أن المودَع مطالَب بالوديعة ، محبوس إذا سكت ، فإن ادعىٰ تلفاً أو رداً ، صُدّق .

ولو قال الزوج : كان النكاح الثاني تجديداً للإشهاد[1] ولم يكن عقداً جديداً ، فلا ينفعه هـٰذا القول ، بل إذا قال ذلك ، استغنت المرأة عن إقامة البينة ، وكان ما صدر منه إقراراً بالعقدين/ : أما الأول فقد اعترف به ، وأما الثاني فقد اعترف بصورته ، ١٤٠ ي وادعىٰ فيه الإعادة ، وهـٰذا يُشبه إذا ادعىٰ رجل علىٰ رجل عيناً ، وقال المدعىٰ عليه للمدعي : بعها مني ، فالاستباعة تتضمن إقراراً للمدعي بالملك ، وليس للمدعىٰ عليه أن يقول : طلبت منه صورة البيع ولم أعترف بصحة بيعه ؛ فإنَّ طلبَ البيع محمول على البيع الصحيح ، وكذلك كل من اعترف بعقد ، فاعترافه المطلق محمول على الاعتراف بالعقد الصحيح .

---

(١) كذا . ولعلّها : للإشهارِ (بالراء) .

فصل

قال : « ولو أصدق أربع نسوة ألفاً . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

اختلفت نصوص **الشافعي** في مسائل متناظرة ، ونحن ننقل أجوبته فيها ، ثم نذكر طرق **الأصحاب** .

قال : إذا نكح نسوة في عقدة واحدة وأصدقهن مالاً واحداً سمّاه ؛ فلا شك في صحة النكاح ، وفي صحة الصداق قولان [نص][(٢)] عليهما .

ونص أيضاً علىٰ مثل هـٰذين القولين إذا خالع امرأته ، أو نسوة بعوض واحد ، فالخلع واقع ، والبينونة حاصلة ، وفي فساد العوض قولان .

ولو ملك أشخاصٌ عبيداً ، فملك كل واحد عبداً أو أكثر ، فباعوا عبيدهم بمال يقع [التراضي][(٣)] عليه من رجل ، فقد نص **الشافعي** علىٰ فساد البيع ، وقطع قولَه به .

ولو كاتب عبيداً علىٰ عوض واحد نجَّمه عليهم ، فقد نص علىٰ صحة الكتابة ، وقطع قولَه بها .

فاختلف **أصحابنا** علىٰ طرق ؛ فمنهم من ضرب بعض هـٰذه النصوص ببعض ، وجعل في المسائل كلِّها **قولين** : **أحدهما** ـ أن العقد باطل لجهالة العوض ؛ فإن كل واحد ليس يدري ما ثبت له بالعقد ، ولكل واحد حكمٌ في نفسه ، وانضمام غيره إليه لا يغيّر من أمره شيئاً ، فلا أثر لكون جملة المسمىٰ معلومة إذا كان كل واحد منهم جاهلاً بما يطالب به ، وهـٰذا بمثابة ما لو قال الرجل : « بعتك داري هـٰذه بما باع به فلان عبده » ، فالبيع باطل ، وإن كان الوصول إلىٰ ما [باع][(٤)] به فلان عبده ممكناً ، وما نحن فيه أولىٰ بالبطلان ؛ فإن درك ثمن ذلك العبد ممكن علىٰ يقين ، وسبيل درك

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٧ .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) في الأصل : اعتراضي . (وهو من غرائب التصحيف) .

(٤) في الأصل : يباع .

العوض في حق كل واحد بالتقويم والفضّ(١) ، وهٰذا مظنون لا يتوصل إلىٰ مسلك التعيين فيه . وما يجري في النكاح والخلع والبيع والكتابة علىٰ نسق واحد ؛ فإن هٰذه العقود ـ وإن اختلفت أحكامها ـ فهي متساوية في اشتراط الإعلام في عوضها .

والقول الثاني ـ أن العقود بجملتها صحيحة ؛ فإن المقدار المسمىٰ معلوم وقد قوبل بمعلومات ، فاشتملت الصفقة علىٰ مقابلة معلوم بمعلوم ، ثم الاجتهاد وراء ذلك في القسمة ، والنص يخصص القول/ الأول . هٰذه طريقة . ١٤٠ ش

٨٤٤٣ـ ومن **أصحابنا** من أقرّ النصوص قرارها ، وطرد القولين في بدل الخلع والصداق ، وقطع بالفساد في البيع ، وبالصحة في الكتابة ، وهٰؤلاء يحتاجون إلىٰ فرقين : **أحدهما** ـ بين البيع والخلع وبين الكتابة ، أما الفرق بين البيع وغيره ؛ فهو أن العوض ركن في البيع ، وحكم فساد الركن فساد العقد ، ثم موجب فساد البيع إلغاؤه ، والبدل ليس ركناً في الخلع والنكاح ، وفقه ذلك أنا لا نفسد النكاح والخلع بفساد العوض ، وإذا لم نفسدهما ، فلا بد من إثبات عوض ، وذلك العوض هو مهر المثل الذي نريد توزيع المسمىٰ عليه ، وإذا كنا لا نجد بداً لإثبات مهر المثل ، فلا يمتنع توزيع المسمىٰ عليه ، ومثل هٰذا لا يتحقق في البيع .

وأما الكتابة ، فهي أقل [احتمالاً](٢) لأمثال هٰذه الأمور ؛ فإن عوضها أُجمل علىٰ صيغة تَفْسُد عليها الأعواض في العقود ؛ فإنها مقابلة الملك بالملك ، ثم كان سبب احتماله تشوف الشرع إلىٰ تحصيل العتاقة ، فإذا أمكننا أن نقدر وجهاً في الصحة ، لم يَلِقْ بوضع الكتابة أن تفسُد لتخيير السيد . ومن فهم ما ذكرناه ، لم يفسد عليه الكلام العام في اشتراط الإعلام في أعواض هٰذه العقود .

ومن **أصحابنا** من ألحق البيع بالنكاح والخلع ، وخصص الكتابة بقطع القول فيها بالصحة ، والسبيل ما قدمناه ، ولا يمتنع عكس هٰذه الطريقة علىٰ من يحاول ؛ فإن الكتابة مضمونها العتق ، وهو على النفوذ كالطلاق ، والبيع يختص من بين هٰذه

---

(١) والفضّ : أي والتوزيع والتقسيم .
(٢) زيادة من المحقق .

العقود بمزايا وتأكيدات في رعاية صفات الأعواض .

فأما القول في الصداق ، فإن أفسدناه ، رجعنا إلىٰ مهور أمثال النسوة ، فإن كل فساد يرجع إلى الجهالة فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، وهـٰذا مقطوع به .

٨٤٤٤ـ ووراء ما ذكرناه غائلة ؛ فإنا علىٰ قول القيمة وضمان اليد نقدر للخمر قيمة ، ونقدر الخمر عصيراً ، ومساق هـٰذا يقتضي ألا نصير إلىٰ مهر المثل إلا في المجهول الذي لا يمكن تقويمه . وإذا كان النص علىٰ مهر المثل ممكناً ، فليس هـٰذا بأبعدَ من تقدير قيمة الحر .

فإن وفّينا حق هـٰذا الأصل ، قلنا : إذا رأينا الرجوع إلى القيمة في قاعدة الصداق عند طريان التلف أو اقتران الفساد ، فالوجه : تصحيح الصداق . وإن لم نر ذلك ، جرى القولان ، وهـٰذا تكلّف منا ، **والأصحاب** طردوا القولين على القولين .

وحق من يريد الاعتناء بالمذهب أن يفهم ما قيل ويتثبت في النقل ، ثم يحيط بالمشكلات ، ويستمسك بها في نصرة قول علىٰ قول .

وإن حكمنا بصحة الصداق ، فلا وجه إلا فضّ المسمّىٰ علىٰ أقدار مهور أمثال النسوة ، فإن استوين في مهور الأمثال استوت حصصهن ، وإن/ تفاوتن في المهور ، تفاوتت الحصص . ي ١٤١

وفي طريقة **القاضي** قول غريب أن المسمىٰ [مفضوضٌ][١] علىٰ رؤوسهن من غير نظر إلىٰ تفاوت المهور ، وهـٰذا وهم غير معدود من المذهب ، لا يُحتمل إلا من رجل له قدرٌ وقدمُ صدق في المذهب . وما ذكرناه من التفريع في النكاح يجري مثله في بدل الخلع ، [حرفاً بحرف][٢] .

٨٤٤٥ـ وأما [البيع][٣] ـ إن أفسدناه ـ لم يخف حكم فساده ، والسبب فيه جهالة العوض ، كما قررناه في التوجيه ، ثم نقول : لو كان بين أربعة أشخاص أربعة أعبد ،

(١) في الأصل : مفضض .
(٢) في الأصل : فانحرف . والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٣) في الأصل : المبيع .

لكل واحد منهم ربع الجميع ، فإذا باعوا الأعبد من شخص بثمن واحد ، صح بلا خلاف ؛ فإن لكل واحد ربع الثمن ، ولا جهالة ، وإنما الحكم بالفساد ، أو ترديد القول حيث ينفرد كل واحد بعبد أو عبيد ، بحيث تمس الحاجة إلىٰ فضّ المسمىٰ علىٰ أقدار القيم .

ومما نفرعه أن الرجل لوقال : اشتريت عبدك بما يخص العبد من الألف لو وزع عليه وعلىٰ عبد زيد ، ولم يجر عقد مع زيد ؛ فالبيع فاسد علىٰ هـٰذا الوجه ، وإن كان لو فرض عقد مشتمل علىٰ عبديهما بمقدار من المسمىٰ ، لخرجت المسألة علىٰ قولين ؛ والسبب فيه أن معتمد الصحة النظر إلىٰ صيغة الصفقة المشتملة علىٰ معلومين من الجانبين على الجملة ، مع رد الجهالة إلى القسمة .

ومما يتفرع على البيع أيضاً أنا إذا صححناه ، فلا وجه إلا فَضُّ المسمىٰ علىٰ قيم العبيد ، وذلك القول البعيد الذي حكيناه في النكاح والخلع وهو الفض على الرؤوس لا يتأتىٰ في العبيد ؛ فإنهم أموال قوبلوا بأموال في عقد يقصد منه المالية ، وحقائق المالية لا تجري في الأبضاع ، وهـٰذا تكلفٌ منا ؛ فإن ذلك القولَ فاسدٌ ، حيث ذكروا ما للعبد في الكتابة ، فلا بد من فض العوض عليهم بما ذكرناه في البيوع ، نص **الشافعي** عليه في الكتابة ، وأجمع عليه **الأصحاب** ، وهـٰذا نجاز الفصل .

فصل

قال : « ولو أصدق عن ابنه ودفع الصداق من ماله . . . إلىٰ آخره »[1] .

٨٤٤٦ـ قد ذكرنا في كتاب النكاح صيغة قبول النكاح للأطفال ، وصيغة التزويج منهم ، وغرضنا من عقد هـٰذا الفصل أمور تتعلق بالمهر .

منها : أن الأب لو أصدق امرأة ابنه الطفل شيئاً من أعيان ملك نفسه عند قبول النكاح ، فهـٰذا جائز ، والعين المذكورة تثبت صداقاً . والتقدير فيها أن يفرض دخولها تحت ملك الطفل ، ثم ملك زوجته يترتب علىٰ ملكه ، فتلحق العين بأموال الطفل ،

(١) ر . المختصر : ٤/ ٢٨ .

ويجب الإصداق من ملك الطفل ، وهـٰذا متفق عليه .

ثم إذا بلغ الغلام ، وطلّق زوجته قبل الدخول ، والعين باقية في يدها ؛ تشطّرت ، ورجع نصفها إلى الزوج ـ وهو الابن/ ـ فإنا قدّرنا دخول العين في ملكه ، وأوضحنا ترتّب ملك المرأة علىٰ ملكه ، فيرجع الشطر إلى الجهة التي منها الخروج . ش ١٤١

ثم الأب إن قال : قصدت هبةً ، فالأمر منزّل علىٰ قصده ، وإن قال : قصدت إقراضاً ، فالظاهر عندنا أن قصده متبع ؛ لاحتمال الأمر . وفي كلام **الأصحاب** ما يدل علىٰ أن مطلق إصداقه يتضمن الهبة لا محالة ، وصرحوا [أنه][1] إذا قال : لم أنو شيئاً ، كان محمولاً على الهبة ، ثم إذا حملناه على الهبة ، ثم فُرض رجوع شطر تلك العين إلى الابن ، فهل يملك الأب الرجوع فيما رجع إلى الابن ؟ فعلى الخلاف المعروف في أن ملك المتهب إذا زال وعاد ، فهل يثبت للأب حق الرجوع فيه ؟

ولو ارتدت المرأة ، أو جرت حالةٌ غيرُ الردة ، مقتضاها رجوع جميع الصداق إلى الزوج ، فالجميع يرجع إلى الابن رجوعَ النصف عند فرض الطلاق قبل الدخول ، ثم القول في رجوع الأب ، علىٰ ما ذُكر .

٨٤٤٧ـ وذكر **الأصحاب** مسألة عدّوها من اللغز والمغالطة ، فنذكرها علىٰ صورتها ، فقالوا : إذا قبل الأب النكاح لابنه الصغير ، وأصدقها أمّ الصغير[2] ، فكانت في ملكه ، ثم بلغ الغلام ، وطلقها ، فإلىٰ من تعود الأم أو بعضها ؟ وكيف الطريق بهـٰذا [اللغز][3] ؟ لأن الأم لو دخلت في ملك الابن ، لعَتَقَتْ ، فإذا عتقت ، لم يصح الإصداق ، وإذا لم يصح الإصداق ، لم يحصل العتق ، فيلتحق هـٰذا بالمسائل الدائرة . فهـٰذا ما ذكره **الأئمة** .

وينشأ من هـٰذا سؤال ، وهو : أن الأب لو قبل لابنه الصغير نكاح امرأة مهرُ مثلها

---

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

(٢) ويتصور ذلك بأن يتزوج أمة غيره ، فيستولدها ، ويكون ولدها رقيقاً تبعاً لها ، ثم تدخل في ملكه هي والولد ، فيعتق الولد عليه دونها ، فإذا زوج ابنه هـٰذا وجعلها صداقاً تكون هـٰذه الصورة .

(٣) في الأصل : « الغار » . ولا معنىٰ لها ، فليس هنا غرور ، ولا غارّ ولا مغرور .

مائة ، فأصدقها من خالص ماله ألفاً ، فكيف يكون الرأي ؟ وهل يكون هـٰذا كما لو أصدقها من مال الطفل ألفاً ، مع العلم بأنه لو فعل ذلك من مال الطفل ، لكان متبرعاً من ماله ، والتبرع من مال الطفل مردود ، وهـٰذه المسألة في نهاية الحسن .

وأول ما يجب قطعه أن يظن ظان أن الملك يثبت للطفل ، ويبطل الإصداق ؛ فإن سبيل ثبوت الملك له الإصداق ، وإذا كان بقصد الإصداق ، كيف يصح التمليك ؟ فوجه الكلام أن يقال : يحتمل أن يصح الإصداق : فإن كان مع تقرير ملك الطفل ، فإن هـٰذا تبرع حصل بتبرع الأب بمال نفسه ، ولم يثبت للطفل ملك متأثل حتىٰ يفرض منع [التبرع][1] فيه .

ويجوز أن يقال : يفسد الصداق رأساً ؛ لأن في تصحيحه تثبيتٌ لملك الطفل مع التبرع به . وما وجدناه منصوصاً **للأصحاب** من منع إصداق الأم يشهد لإفساد هـٰذا الإصداق ، فإن انقدح لفقيهٍ نظرٌ في الفرق ، فلا حرج عليه ، ولا يَطْمَعَن في تخريج في العتق ؛ فلا وجه فيه غير ما ذكره/ **الأصحاب** . ١٤٢ ي

فإن قيل : قد حكيتم عن **أبي إسحاق** أنه قال : من يشتري من يعتِق عليه ، حصل الملك والعتق معاً ، فقياسه أن يحصل ملك الطفل في الصداق وملك المرأة معاً ، ثم حصول ملكها يمنع حصول العتق ، فهل يخرّج علىٰ هـٰذا جواز إصداق الأم ؟ قلنا ليس ما قاله **أبو إسحاق** مما يحل التفريع عليه ، سيما في هـٰذه المضائق ، وحق كل ناظر في مضيق أن [يقطع][2] فكره عن الأصول البعيدة .

فهـٰذا منتهىٰ ما ذكرناه في ذلك .

٨٤٤٨ـ ومما يتصل بهـٰذا : أن الرجل إذا نكح امرأة [و][3] أصدقها ألفاً ، وجاء أجنبي وأدّى الألف من غير رضا الزوج ، وطلقها قبل المسيس ، فحكم الطلاق تشطير الصداق ، ويبعد كل البعد أن نقدّر للزوج ملكاً فيما أدّاه الأجنبي ؛ فإنه لا يملك

---

(١) في الأصل : المتبرع .
(٢) في الأصل : يقتطع .
(٣) في الأصل : أو .

الأجنبيُّ تمليكَ الزوج شيئاً قهراً ، وهو ما يليه[١] ، أما التشطير ، فلا شك فيه ، وحكىٰ **شيخي وجهين** فيمن ينقلب الشطر إليه ، **أحد الوجهين** : أنه **يرجع** إلى الأجنبي ؛ فإنه من ملكه خرج ، ولا وجه عندنا غيره ، وإن استبعد مستبعد رجوع نصف الصداق إلىٰ غير الزوج ، فسببه أداء الصداق من غير الزوج .

والوجه الثاني ـ أنه يرجع إلى الزوج ، وهـٰذا القائل يضطر إلىٰ أن يقول : يدخل في ملك الزوج تقديراً أولاً ، وقد يتفق مثل هـٰذا .

وقد ذكرنا أن العبد إذا خالع زوجته علىٰ مال ، فالعوض يدخل في ملك السيد ، ولم يجر الخلع بإذنه ، ولم يخرج البضع عن استحقاقه ، والقياس يقتضي أن يكون عوض البضع عن استحقاقه ، والقياس يقتضي أن يكون عوض البضع لمن يخرج البضع عن حقه ، ومن الأصول الخفية أن [محض][٢] القياس قد يضيق ، فيدِق النظر ، وهو يمشي مشي المُقَيَّد ، ثم قد يقف ، ويضطر الفقيه إلىٰ حكم ، فيصرفه إلىٰ أقرب الوجوه إليه من غير قياس ، إذا امتنع تعطيل الحكم ، وهـٰذا تكلف ، وليس العبد كالأجنبي المتبرع ، فإن ما يكتسبه العبد [إنما][٣] يكتسبه للسيد .

وكل ما ذكرناه فيه إذا أصدق الأب زوجة ابنه من مال نفسه .

٨٤٤٩ـ فأما إذا أصدقها من مال الابن ، فإن كان قدر مهر مثل المرأة . أو أقل ؛ صح النكاح ، وثبتت التسمية ، وإن كان أكثر من مهر المثل ؛ ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن النكاح لا ينعقد .

والثاني ـ أنه ينعقد ، ويُرد إلىٰ [مهر المثل][٤] .

وأصل هـٰذين القولين أن فساد المهر وإن كان في قاعدة المذهب لا يؤدي إلىٰ إفساد النكاح ـ فالمهر ثبت في الصورة التي ذكرناها في حكم الشرط ، وكأن المرأة لم ترض بالنكاح إلا به ، فلا ينبغي أن يؤخذ هـٰذا/ من فساد المهر مطلقاً ؛ إذ لو قلنا : يلزمها ش ١٤٢

(١) ما يليه : أي لا ولاية له عليه ، فيملكه .

(٢) في الأصل : محطىٰ .

(٣) في الأصل : بمثابة ما يكتسبه للسيد .

(٤) في الأصل : مثل المهر .

النكاح بمهر المثل ، لكان هـٰذا تجنّياً ظاهراً واحتكاماً عليها وتغييراً لموجب إذنها ، وليس كما لو كان الصداق خمراً ؛ فإنه لا حكم لرضاها بالخمر ، وطلبها أكثر من مهر المثل يسوغ في الشرع ؛ فليفهم الناظر هـٰذه الدقيقة ، فإنا رأينا المتعمقين يرون قول فساد النكاح قولاً فاسداً في المذهب ، لا يرون له اتجاهاً إلا علىٰ قول بعيد في أن فساد المهر يؤدي إلىٰ فساد النكاح ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن **الشافعي** في مساق نصوصه علىٰ أن النكاح لا يفسد بفساد الصداق ، ينص علىٰ هـٰذين القولين .

ولو زوّج ابنته بأقل من مهر المثل ، ففي انعقاد النكاح **قولان** : **أحدهما** ـ لا ينعقد .

والثاني ـ ينعقد بمهر المثل ، وتوجيه القول في الإفساد مأخوذ مما ذكرناه ، وهو أن الرجل لم يرض بأن يُلزِمَ النكاح بأكثر مما ذُكر ، وقد سبق تقرير هـٰذا .

وهـٰذا الذي نبهنا عليه من شرائف الكلام ، ولست أذكر أمثال هـٰذا [تصلّفاً][1] ولـٰكني أقصد أن يكون للمنتهي إليه فضل تأمل .

٨٤٥٠ـ ثم إذا أصدق الرجل امرأة ابنه لا من مال نفسه ، فلا يخلو ، إما أن يصدقها من عين مال الطفل ، وإما أن يصدقها ديناً ، فإن كان عيناً [مَلَكتها][2] والكلام في كونه علىٰ قدر مهر المثل أو أكثر منه ، وقد سبق ذلك .

وإن ذكر في قبول النكاح لطفله دَيناً مطلقاً ، فالمنصوص عليه في **الجديد** : أن المهر لا يثبت في ذمة الأب ، والمال على الابن ، نعم ، إن كان للابن مال ، فالابن مطالب بتأديته من ماله . وقال في **القديم** : يكون الأب ضامناً للمهر شرعاً ، وقد ذكرت القولين وتوجيهَهما .

وكذلك لو أذن المولىٰ لعبده في النكاح ، فالقول **الجديد** : أن ذمة السيد خلية عن المهر ، والمهر والنفقة يتعلقان بكسب العبد ، وقال في **القديم** : يصير السيد ضامناً ،

---

(١) في الأصل : « بصما » هـٰكذا بدون أي نقط . والمثبت تصرف منا علىٰ ضوء عبارات الإمام في مثل هـٰذه المسائل .

(٢) في الأصل : ملكها .

وذمة العبد مشغولة أيضاً ، وهو في رتبة الأصيل والسيد في مقام الكفيل .

وإذا أذن لعبده في التمتع بالعمرة إلى الحج ، **فالقول الجديد** ـ أن العبد يصوم لا غير ، وليس على السيد بذلُ مال .

والقول الثاني ـ أن السيد يُريق دمَ المتعةِ عن عبده .

فإن قلنا : ذمة الأب عريّة عن المال ، فإن كان للابن مال ، فالمرأة تطالب الأب المتصرف بأداء المهر من مال الابن ، ولو صرّح الأب بضمان المهر شرطاً ـ والتفريع على الجديد ـ فيصير حينئذ ضامناً ، والمرأة بالخيار ، فإن شاءت طالبت الابن إذا بلغ ، أو طالبت الأب بالأداء من ماله ، وإن شاءت طالبت الضامن ، ويظهر أثر هـٰذا مُتّضحاً/ فيه إذا لم يكن للابن مال/ ثم الأب إذا ضمن ـ حيث انتهى التفريع إليه ـ فإن غرم ، فهل يرجع على الابن ؟ قد [ذكرنا][1] في كتاب الضمان أن من ضمن بالإذن ، وشرط الرجوع وغرم كذلك ؛ فإنه يرجع ، فإذا لم يفرض الإذن ، ففيه تفصيل . ي ١٤٣

وحظ هـٰذه المسألة من ذلك الأصل الذي أشرنا إليه ـ أن الأب لا يحتاج إلىٰ تصريحٍ بشرطٍ ، حتىٰ يرجع ، ولـٰكن يكفي قصده ، فنضع قصدَه موضع الإذن وشرطِ الرجوع ، ثم نطبق الخلاف على الخلاف والوفاق على الوفاق .

وإذا ضمن وأدىٰ في هـٰذا المنتهىٰ ، ثم طلق الزوج ؛ فنصف المهر يرجع إليه ، ثم الكلام بعد ذلك في أن الأب هل يرجع أم لا ؟ فإن ما يصدر من الأب في مثل ذلك يتضمن تمليكاً ؛ فإنه يَمْلِكُ تمليكَ الطفل ـ كما سبق تفصيله ، وإذا كان تبرعه من مال نفسه يتضمن تمليكه ، فما يؤديه بعد الضمان والالتزام يقتضي ذلك لا محالة ، وفائدة ما ذكرناه أن تشطير الصداق إذا رجع ـ حيث يثبت للأب حق الرجوع ـ فلا نقول : ينحصر حق الأب فيما رجع ، بل يلتحق ما رجع بسائر أملاك الطفل ، ثم الأب يتصرف فيه فيما يرجع به تصرفه في سائر أملاكه .

وهـٰذا كله تفريعٌ على القول **الجديد** في أن التبرع لا يُلزم الأب ضماناً بحكم العقد ، ثم صورنا فيه إذا لم يصرح بالضمان أو صرح به .

---

(١) في الأصل : ذكرناه .

٨٤٥١ـ فأما إذا فرعنا علىٰ **القديم** ، وقضينا بأن التبرع يُلزم الأبَ الضمان ، قال **القاضي** : إذا غرم الأب على القول **القديم** ما ضمّنه الشرع ، فلا يجد به مرجعاً علىٰ مال الطفل ، ويكون هـٰذا كضمان العاقلة دية الخطأ ؛ فإنهم إذا تحملوا [العقل][(١)] وأدَّوْا ما حمّلهم الشرع ، لم يرجعوا بما بذلوه على القاتل .

ثم قال : فلو شرط الأب ، [صح][(٢)] النكاح ، فإن النكاح لا يفسد بأمثال ذلك ، وقيل له : لو ضمن الصداق بشرط براءة الابن ، فكيف الوجه ؟ فقال : لو ضمن الضامن دَيْناً علىٰ شرط براءة الأصيل ، **فلابن سريج في ذلك وجهان ذكرناهما** : **أحدهما** ـ يجوز . **والثاني** ـ لا يجوز . هـٰذا معروف في غير ما نحن فيه .

فإذا فرضنا شرط الضمان علىٰ هـٰذا الوجه ـ والتفريع على القول **الجديد** ، وهو أن الضمان لا يلزم شرعاً ـ فيحتمل **وجهين** : **أحدهما** ـ أن الضمان لا يصح ، ويفسد بالشرط ، ثم يلتحق هـٰذا بشرط ضمان فاسدٍ في العقد ، وقد اختلف القول في أن شرط الضمان الفاسد والرهن الفاسد في العقد ، هل يتضمن فساد العقد ؟ وقد ذكرنا في ذلك قولين في كتاب الرهون ، هـٰذا/ وجهٌ . ١٤٣ ش

وإن قلنا يصح الضمان [عن][(٣)] دين مستقر بشرط براءة الأصيل ، فشرْطُ هـٰذا في صلب العقد يجب أن يكون فاسداً ؛ فإن العقد يستدعي ثبوت العوض في ذمة [العاقد][(٤)] ، والخلاف الذي ذكرناه عن **ابن سريج** في ضمانٍ يرد علىٰ دين مستقر ، لا يبعد سقوطه .

وإذا تبين أن الضمان لا يتضمن إبراء الذمة إذا وقع شرطاً في العقد ، فالشرط إذاً فاسد ، وإذا فسد الشرط ، فهل يفسد الضمان ؟ فيه وجهان ذكرناهما توجيهاً وتفريعاً في كتاب الضمان ، هـٰذا كله إذا فرعنا على القول **الجديد** ـ وهو أن الشرع لا يُلزم ذمةَ الأب ضماناً ـ .

---

(١) في الأصل : العقد .
(٢) في الأصل : وصح .
(٣) في الأصل : من .
(٤) في الأصل : المعاقد .

فأما إذا فرعنا علىٰ أن الشرع يُلزم ذمة الأب الضمان ، فَذِكْرُه الضمان لا معنىٰ له ، وهو نطق منه لموجب العقد ، فإن ذكر شرط البراءة ـ أعني براءة الابن ، فهـٰذا هو الشرط ، وهو فاسد ، فإذا اقترن بالصداق ؛ يجوز أن يقال يفسد الصداق به ، كما سيأتي تقرير ذلك في بابٍ بعد هـٰذا ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ ويجوز أن يقال : يفسد الشرط ولا يفسد الصداق .

وفيما ذكرناه حكاية عن **القاضي** وَقْفَةٌ عظيمة ؛ فإنه [حكم](١) بأن الأب لا يرجع على القول **القديم** بما يغرمه عن جهة الضمان الشرعي ، وهـٰذا مما لا سبيل إلى القول به ؛ فإن الشرع أثبت للأب [نظراً](٢) في طلب غبطة الابن لكمال شفقته ، فإذا نظر له واستد نظره ، فانتصاب ذلك سبباً لتضمينه وإلزامِه المغارم الثقيلة ، محالٌ ، ولا شك أن الابن مطالَبٌ بالمهر إذا بلغ ، وكذلك هو مطالب بالنفقات وسائر مؤن النكاح ، وليس كالقاتل خطأً ؛ فإنه لا يطالَب بالعقل مع إمكان مطالبة العاقلة ، وبالجملة لا يُشبِّه المغارمَ التي تتعلق بالمعاملات النظرية المنوطة بشفقة الأب بالجنايات وضرب أروشها على العاقلة إلا غافلٌ عن القولين ، وضرب العقل على العاقلة مُعْتَبَرُ الأحكام التي لا تعلل .

٨٤٥٢ـ وينشأ من هـٰذا المنتهىٰ نظرٌ في فنٍّ ، وهو : أن البنت إذا خطبها كفء ، غلب على الظن أن تزويجها موافق لأقصى الغبطة المطلوبة ، فهل يجب على الأب أن يزوّجها ، أو لا يجب عليه ، أو يجوز له ، أو يُستحبّ ؟ هـٰذا محل النظر .

٨٤٥٣ـ ونحن نرىٰ تقديم أصل علىٰ ذلك ، فنقول : تصرف الأب في مال الطفل ينقسم ، فمنه محتوم ، ولا يشك العاقل في رعايته ، وهو حفظ ماله وصونه عن الضَّياع ، ويتصل بذلك تنميتُه بما يقيمه حتىٰ لا يأكل مؤنُ [الحفظ](٣) المالَ ، وعلىٰ هـٰذا يحتمل قول عائشة (اتجروا في أموال اليتامىٰ لا تأكلها الصدقة)(٤)/ فأما التناهي ي ١٤٤

---

(١) زيادة اقتضاها السياق . وهي بهـٰذا اللفظ في (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : ناظراً .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) حديث : « اتجروا في مال اليتامىٰ لا تأكلها الزكاة » رواه الطبراني في الأوسط بهـٰذا اللفظ عن =

في الاستنماء والنزوحُ في البر والبحر ، والتطوّح في [النّجود][1] لاستنماء مال الطفل ؛ فهٰذا لا يجب ، وضبط هٰذا القسم [ما][2] ينتهي إليه إلىٰ [الإجهاد][3] والإكداد ، والشغل عن المهمات التي تخص الولي ، وبين مأمور فيها بإحسان النظر ، وهل يجب ذلك ؟ الظاهر أنه [يجب][4] [فلو][5] سنحت غبطة ، كزبون يطلب شيئاً بأكثر من ثمنه ، فيجب تحصيل ذلك للطفل ، وكذلك إذا كان يُعرض شيء [مما يُريد][6] وكان يباع بأقلَّ من ثمنه ، ولٰكن هٰذا فيه نظر ؛ فإن الأب لو أراد أن يشتريه لنفسه جاز ، ولا يلزمه أن يشتريه لطفله .

وأما بيع مال الطفل وهو ـ مطلوب علىٰ غبطة ـ فمحتوم . هٰذا نظرنا في المال .

ووراء ذلك مزيد ، وهو أن الأب لو تبرم بالتصرف في مال طفله ، وأراد دفع الأمر إلى القاضي لينصب فيه قيّماً بأجرٍ ، فلست أرىٰ هٰذا محظوراً على الأب ، وكذلك لو نصب هو بنفسه ناظراً ، ولو طلب من السلطان أن يُثبت له أجراً علىٰ عمله ، فالسلطان يرىٰ رأيه ، فإن وجد متبرعاً بالعمل ، فالأظهر أنه لا يجعل له جعلاً ، وليس كما لو طلبت الأم أجرة على الإرضاع ووجد الأب متبرعة به ؛ فإنا في قول قد نقول : الأم

= أنس مرفوعاً ، في ترجمة علي بن سعيد . (ر . المعجم الأوسط : ١/ل : ٢٥٠ ، وروى البيهقي عن عمر موقوفاً مثله . (ر . السنن الكبرىٰ : ٤/١٠٧) ورواه الشافعي مرسلاً عن يوسف بن ماهك (ر . ترتيب مسند الشافعي : ١/ ٢٢٤) ورواه الشافعي موقوفاً عن نافع عن ابن عمر (ر . ترتيب مسند الشافعي : ١/ ٢٢٥) والذي وقع لنا عن عائشة أنها كانت تلي ابني أخيها القاسم ، وكانت تخرج من أموالهما الزكاة (ر . الموطأ : ١/ ٢٥١) وانظر تلخيص الحبير : ٢/ ٣٠٨ ، ٣٠٩ . ح ٨٢٦) ولم نصل إليه عن عائشة باللفظ الذي أورده المؤلف .

(١) في الأصل : العود . والمثبت تقديرٌ منا بمعاونة ألفاظ العز بن عبد السلام في مختصره . (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج١ لوحة رقم : ٩٧ (يمين)) .

(٢) في الأصل : مما .

(٣) في الأصل : الاجتهاد .

(٤) في الأصل : لا يجب . وهو مناقض للسياق ، ولما ورد في مختصر العز بن عبد السلام (السابق نفسه) .

(٥) في الأصل : ولو .

(٦) في الأصل : فيما يزيد .

أولىٰ بالإرضاع إذا اقتصرت علىٰ أجر المثل ؛ والسبب فيه التفاوت اللائح بين إرضاعها وإرضاع الأجنبية . وإن لم يجد السلطان متبرعاً ، فالظاهر أنه لا يُثبت للأب أجراً ، ويجوز أن يقال : يثبته ؛ إذ للأب أن يستأجر عاملاً في مال الطفل ؛ فإذا لم يمتنع منه بَذْلُ الأجر على العمل ، لم يمتنع أَخْذُ الأجر على العمل ، فهٰذه أمور معترضة نبهنا عليها .

٨٤٥٤ـ وتزويج الأب ابنته مع ظهور الغبطة ، وغلبة الظن في اتجاهها لا يبعد أن يجب . وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لعلي (**لا تؤخر أربعاً**) وذكر من جملتها « **البكر إذا وُجد لها كفء** » ولا يبعد أن يرى الأب تأخير التزويج لتعلقه بالجبلة ، وكون المقصد الأظهر فيه الإعفاف والإمتاع ، ويعارض ذلك أن هٰذا الكلام لو وفّر عليه حقه ، لكان مقتضاه منع التزويج ، ووجوب التأخر .

فأما المجنونة إذا تشوفت ، فيجب تزويجها إذا كانت بالغةً ، لظهور الحاجة ، فأما التزويج من الطفل ، فأبعد من الوجوب ، والأظهر أنه لا يجب لما يلزمه من المؤن ، ولا حاجة في الحال ، وإذا كان مجنونا ؛ فالتزويج منه عند مسيس الحاجة حتمٌ .

هٰذا منتهى النظر في هٰذا الفن .

ش ١٤٤ وإن كان **القاضي** يقول : الأب/ إذا زوّج من ابنه المجنون ـ حيث يلزمه التزويج منه ـ يضمن المهر علىٰ **القديم** ، وإذا غرِم ، لم يرجع ، فهٰذا خروج عن الضبط ، ومصيرٌ [إلىٰ][1] إيجاب إعفاف الابن على الأب ، والمرجع[2] الذي نفاه القاضي لا يفصل فيه بين اليسر والعسر من الطفل ، وإن كان يفصل بين [التزويج][3] الواجب وبين التزويج الجائز ، ويقول : إنما يفسد المرجع في التزويج الجائز ، فهٰذا إثبات نظرٍ علىٰ غرر ، والآباء لا يورطون أنفسهم في هٰذه المغارم بما لا يجب عليهم ، والتزام الغرر إنما يليق بمن يطلب حقَّ نفسه ، كالذي [يؤدب][4] زوجته ، أو كالذي ينتسب إلىٰ مجاوزة الحد

---

(١) في الأصل : علىٰ .
(٢) المرجع : أي الرجوع .
(٣) في الأصل : الزوج .
(٤) في الأصل : يوهب .

لا محالة ، كالذي يؤدب ولده ؛ فإنه إذا أفضىٰ إلى الهلاك ، تبيّنّا مجاوزةَ الأب حدّ الأدب ، وانتهاءه إلىٰ مبلغ من الضرر لا يجوز الانتهاء إليه . فهـٰذا تمام المراد في ذلك .

ثم ذكر **الشافعي** في آخر الباب تزوج المحجور المبذّر والإذنَ له ، وهـٰذا قد أجريناه مستقصًىٰ في النكاح علىٰ أحسن وجه ، وأبلغه في البيان .

* * *

باب
التفويض

٨٤٥٥ـ نصدّر الباب بذكر التفويض الصحيح المتضمن تعريةَ النكاح عن المهر ، وعلى الطالب أن يتأنّق في صدر الباب أولاً ، فنقول : المالكة لأمر نفسها ـ وهي الحرة العاقلة البالغة الرشيدة ـ إذا أذنت لوليها في أن يزوّجها بلا مهر ، وقالت : « زوّجني بلا صداق » ، فزوّجها وليها ، وصرّح بنفي المهر علىٰ حسب إذنها ، فهـٰذا النكاح هو الذي يسمىٰ نكاح التفويض . والمرأةُ تسمىٰ مفوِّضة ومفوَّضة ، ومأخذ اللفظين بيّن ، وتسمية تعرية النكاح عن المهر تفويضاً ليس علىٰ حقيقة اللسان ؛ فإن التفويض معناه التخيير ، والإحالة علىٰ رأى الغير في النفي والإثبات ، فالذي ينطبق علىٰ هـٰذا اللفظ أن تقول لوليها : « إن شئت زوِّجني بلا مهر ، وإن شئت زوِّجني بالمهر » ، ولو صرحت بنفي المهر ، فزوّجها الولي ، ولم يتعرض لذكر المهر ؛ فهـٰذا بمثابة ما لو نفى المهر ، اتفق الأصحاب عليه .

ولو زوّج السيد أمته من أجنبي ، ولم يذكر مهراً ، كان هـٰذا تفويضاً منه . ولو أذنت المرأة في التزويج ، وأطلقت إذنها ، ولم تذكر المهر نافية ولا مثبتة ، فإذنها المطلق محمول علىٰ طلب المهر ، وفاقاً ، وهو بمثابة إذن مالك المتاع في بيع متاعه .

ثم إذا أذنت في النكاح مطلقاً ، أو طلبت المهر ، فزوّجها الولي ، فإنا نقدم علىٰ هـٰذا/ فصولاً في الوكيل والولي المجبر ، ثم نرجع إلى الولي المزوِّج بالإذن . ي ١٤٥

٨٤٥٦ـ فإن سمّى الوكيل مقداراً من المهر ، فخالف ، نُظِر ؛ فإن زاد ، فقد زاد خيراً ، وكان كما لو قال الوكيل لوكيله : « بع عبدي هـٰذا بألف » ، فباعه بألفين ، فالبيع لازم ، والعوض المسمىٰ ثابت ، وإن خالف الوكيل في النكاح فنقص عن المقدار الذي سُمي له ؛ لم ينعقد العقد ؛ لأن تزويج الوكيل مبناه على الإذن ، فإذا خالف الإذن مزوِّجاً بغير إذنٍ ، فالتزويج بغير الإذن مردود . وهو كما لو قالت : « زوّجني من زيد » فزوّجها من عمرو .

ولو نَصب الوكيلَ في التزويج ، ولم يَذكر له مقداراً من المهر ، فلو زوّج بدون مهر المثل ، [أو][1] زوّج مع نفي المهر ؛ فقد ذكر بعض **الأصحاب** قولين في انعقاد النكاح ، وهـٰذا بعيد ، والوجه : القطع بأن النكاح لا يصح ؛ فإن تصرُّف الوكيل مما يتقيد بموجب الإذن ، فكذلك يتقيد بالعرف المقترن بالإذن ، ومقتضى العرف رعاية الغبطة ، ولهـٰذا قلنا : الوكيل بالبيع مطلقاً إذا باع بغبن ، لم يصح بيعه .

ومما يتصل بهـٰذا المقام : أنا إذا كنا لا نصحح من الوكيل المطلق التزويجَ بأقلَّ من مهر المثل ، فلو زوّج مطلقاً ؛ فعلىٰ ماذا يُحمل الإطلاق ؟ هـٰذا فيه تردد ظاهر ، يجوز أن يقال : هو محمول علىٰ تعرية النكاح ، حتىٰ لا يصح من الوكيل العقد ، ويظهر جداً أن يُحمل علىٰ ثبوت مهر المثل ؛ فإن الشرع يقتضي إثبات المهر إذا لم يجرِ تصريح بالنفي ، فيكون إطلاق النكاح بمثابة ذكر مهر المثل .

ويخرّج علىٰ هـٰذا التردد أن الوكيل المطلق لو [زوج][2] بخمر ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل في مثل ذلك ، فكيف السبيل ؟ والأظهر في هـٰذه الصورة الفساد ؛ فإنه أتىٰ بصورة المخالفة ، فهـٰذا ما أردنا ذكره في الوكيل .

٨٤٥٧ـ فأما الولي إذا زوّج وليته ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون مجبِراً ، فزوّج بمهر المثل : صح . وإن زوج الصغيرة أو البالغةَ البكرَ بدون مهر المثل ، أو نكاحَ تفويضٍ ؛ ففي انعقاد النكاح قولان ، قدمنا تحقيقهما . فإن قلنا : إنه ينعقد ، فيثبت مهر المثل ، أجمع **الأصحاب** عليه . ولم يَصر أحدٌ إلى انعقاد [النكاح بالمقدار][3] الذي سمّاه . وقال **أبو حنيفة**[4] : ينعقد النكاح بذلك المقدار .

فأما إذا كان الولي مزوِّجاً بالإذن ، فإن سمّت المرأة مقداراً ، فزوّج الوليّ بدونه ، فهو كالوكيل ؛ فإن تزويجه ؛ موقوف على الإذن ، فإذا ظهرت المخالَفَةُ ، كان كما لو زوّجها بغير إذن . ١٤٥ ش

---

(١) في الأصل : وزوّج .
(٢) في الأصل : متزوّج .
(٣) في الأصل : إلى انعقاد (المقدار بالنكاح) الذي سماه .
(٤) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٢٥٩ مسألة رقم : ٧٢٧ .

وإن لم تسمّ مقداراً من المهر ، فزوّجها الولي ، بمهر المثل صح ، وإن زوّجها بأقلَّ من مهر المثل ، **فللأصحاب** طريقان : أقيسهما ـ القطع بأن النكاح لا يصح ؛ فإنّ إذنها المطلق محمول علىٰ موجب العرف ، فكأنها قيّدت إذنها بما يليق بالعرف من المهر ، ولو كان كذلك ، فخالفها ، لم ينعقد النكاح ، ومن **أصحابنا** من قال : في تزويج الولي بدون مهر المثل ، أو علىٰ حكم التفويض ـ وإذنها مطلق ـ **قولان** : **أحدهما** ـ إن النكاح يبطل . **والثاني** ـ إنه يصح ، وينعقد بمهر المثل ، كما ذكرناه في الوليّ المجبِر . وهـٰذا القائل يزعم أن الإذن المطلق يُلحِق الولي بمرتبة المجبِر ، ويُخرجه عن مرتبة الوكلاء ، الذين لا معتمد لهم إلا الإذن .

فهـٰذا بيان تصوير التفويض .

٨٤٥٨ـ فيعود بنا الكلام بعده إلى القول في حكم التفويض المحقَّق المتضمِّن تعريةَ النكاح عن المهر ، فإذا جرىٰ هـٰذا ، فالنكاح ينعقد ، والمهر يجب عند الدخول ، وهل يجب بنفس العقد المهرُ ؟

ما قطع به **العراقيون** : أنه لا يجب المهر بالعقد ، ولم يعرفوا غيرَ هـٰذا ، وإنما ذكروا **القولين** في محلٍّ سينتهي البيان إليه ، إن شاء الله تعالىٰ .

وقال **المراوزة** : في المسألة **قولان** : **أظهرهما** ـ أنه لا يجب بنفس العقد شيء من المهر ، ويجب بالدخول . وقالوا : هـٰذا[1] هو المنصوص . **والقول الثاني** ـ إنه يجب لها المهر بنفس العقد ، وكان **شيخي** يحكيه حكايةَ من يعتقده منصوصاً ، وقال **القاضي** : هو مخرّج ، والصحيح ما قاله .

ثم إن حكمنا بأن المهر لا يجب بالعقد ، فأول ما نفرّعه علىٰ هـٰذا القول : أنها إذا وُطئت ، فالمهر يجب عند الدخولِ والوطءِ لا محالة ؛ فإن وجوب المهر في هـٰذا المقام ليس خالياً عن تعبد الشرع ، ولا يبعد إضافته إلىٰ حق الله تعالىٰ ؛ حتىٰ يمتاز النكاح عن السفاح وبدل البضع ، وقيل : يجب أن يمتاز نكاحنا عن نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن الله عز وجل جعل خلو النكاح عن المهر من خصائص النبي

---

(١) في الأصل : وهـٰذا .

صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [الأحزاب : ٥٠] .
ولا يتصور أن يخلُوَ عن المهر وطء ـ في غير ملك اليمين ، مع كونه محترماً ـ إذا أمكن تقدير المهر .

والذمية إذا نكحت في الشرك على التفويض ، وكانوا يرَوْن سقوط المهر عند المسيس أيضاً ، فقد ينزل النكاح علىٰ موجب عقدهم إذا اتصل الإسلام ، كما سبق تقريره .

والسيد إذا زوّج أمته من عبده ، فلا يثبت/ المهر أصلاً ؛ فإن إثباته غير ممكن ، وما حكيناه من مذهب بعض **الأصحاب** في أن المهر يثبت بأصل النكاح ، ويسقط ، لا تحصيل فيه ولا تحقيق وراءه . ١٤٦ ي

فأما في غير هاتين المسألتين ، فلا يتصوّر خلو مسيسٍ في نكاحٍ من مهر ، هٰذا ما اتفق عليه **الأصحاب** قاطبةً في طرقهم .

٨٤٥٩ـ وقال **القاضي** إذا [قالت له زوجته][1] ، وهي مفوِّضة : « طأني ولا مهر عليك » ، فلا يمتنع أن نقول : إذا وطئها في نكاح التفويض على الوجه الذي صورناه ، إن المهر لا يجب ؛ فإنها صاحبة الحق ، وقد [سلّطته][2] مع الرضا بانتفاء المهر ، وخرّج عن هٰذا قولَ **الشافعي** في كتاب الرهون : إذا قال الراهن للمرتهن : أذنت لك في جماع هٰذه الجارية المرهونة ، فإذا واقعها ظاناً أن الوطء يحلّ له بإذن الراهن ، ففي وجوب المهر قولان **للشافعي** ، ذكرناهما في الرهون ، قال : ووجه قوله « لا يجب المهر » أن مالك البضع ، ومن يثبت له المهر ـ لو ثبت ـ رَضيَ بالوطء ، فكان ذلك إسقاطَ حقه منه .

ومن الأقيسة الجلية الكليّة في قاعدة الشرع أن من يملك إسقاط العوض بعد ثبوته له ، إذا سلّطه علىٰ إتلاف العوض ، كان تسليطُه عليه متضمناً إسقاط العوض . ولذلك نقول : إذا قال مالك العبد لإنسان : « اقتله » ، فقتله ، لم يلتزم القاتل بالإذن للمالك

(١) في الأصل : قال لزوجته .
(٢) في الأصل : سلطت . وفي (صفوة المذهب) : أسقطته .

الآذن عوضاً ، وكذلك إذا قال [للجاني][(١)] : اقطع يدي ، فإذا قطعها ، لم يلتزم عوضاً ، هـٰذا وجه التخريج .

وما ذكره لَسْتُ أُعدّه من المذهب ، وأظن أنه[(٢)] لم يذكره ليلحقه بأصل المذهب ، وإنما ذكره ليوضح جهة الاحتمال وتطرقه إليه ؛ فإن ما قاله مسبوق بالإجماع من نقلة المذهب في الطرق المختلفة .

ثم إنما كان ينتفع المناظِر بما خرّجه لو صحّ أنه كان يطلقه فيه إذا جرى التفويض في النكاح مطلقاً ، وقضينا بعروّ العقد عن المهر ، فكان يجب أن يقال : إذا وطيء الزوج ـ وقد صَحّ التفويض في أصل العقد ـ لا يجب المهر ، بناء علىٰ ما تقدم ؛ فإن الزوج بعد صحة التفويض ، يتصرف في ملك نفسه ، ومن انتفع بملك نفسه ، وقد ثبت ملكه خلياً عن العوض ، فيبعد أن يستوجب العوض بسبب تصرفه الجائز في ملكه الثابت العريّ عن العوض ، [و][(٣)] **القاضي** لا يسمح بتخريجه في هـٰذه الصورة ، بل نَقَل عنه من يُعْتَمَد أن سقوط المهر مع جريان المسيس إنما يُقدّر إذا جدّدت تسليطاً على الوطء من غير مهر ، وصرّحت/ بنفي المهر . ش ١٤٦

والمهر في ذلك متردد عندي ؛ فإني رأيت في بعض مجموعاته ما يدلّ علىٰ طرده التخريج فيه ، إذا جرىٰ تفويض تام على الصحة ، من غير احتياج إلىٰ تجديد إذن في الوطء ، فإن لم يكن من هـٰذا التخريج بد ، فلا بد من طرده علىٰ هـٰذا الوجه الذي ذكرناه ؛ وذلك أن إذنها المتجدد لا يصادف حقها ؛ من جهة أن الزوج هو المستحق للبضع ، وقد ثبت استحقاقه الأول عرِياً عن العوض ، فلا معنىٰ لاشتراط تسليط من المرأة ، [فيما][(٤)] استقر فيه حق الزوج .

وقد يتجه مع هـٰذا فرق ظاهر بين مسألة التفويض ومسألة إذن الراهن ، وذلك أن إذن الراهن متعلقٌ بوطءٍ في غير نكاح ، ولا يبعد أن يخلو وطءٌ في غير نكاح عن

---

(١) في الأصل : الجاني .
(٢) في الأصل : وأظن أنه إن لم يذكره .
(٣) (الواو) زيادة من المحقق .
(٤) في الأصل : فما .

المهر ، والدليل على الفرق : أن مجرد إذن الراهن ـ علىٰ أحد القولين ـ يتضمن سقوط المهز من غير تعرض لإسقاط المهر ، ولو عقد النكاح خالياً عن المهر ذاكراً ، لثبت المهر إذا لم يتعرض لنفي المهر ، كما قدمنا ذلك في تصوير التفويض ، فقد اجتمع ـ مما حُكي عنه ومما رأيته ـ كلامٌ مختلط ، وأنا أحصّله وآتي به مضبوطاً .

فأقول :

٨٤٦٠ـ إذا جرى التفويض على الصحة ـ والتفريع علىٰ أنها لا تستحق بنفس العقد مهراً ـ فالمذهب المشهور : أنها إذا وطئها زوجها ، ثبت مهر مثلها بالمسيس ، سواء سَلَّطت بعد التفويض على الوطء من غير مهر ، أو تمادت علىٰ ما سبق ، ولم تُجدِّد تسليطاً ، وذكر **القاضي** تخريجاً ، وفيه **وجهان** : **أحدهما** ـ أن المهر لا يجب بالوطء وإن لم تجدد تسليطاً ، بناء علىٰ ما تقدم من التفويض .

والوجه الثاني ـ أنها إن لم تجدد تسليطاً حتىٰ مسّها الزوج ، وجب لها مهر المثل ، ولا تخريج . وإن جدّدت تسليطاً وقيّدته بنفي المهر ، فإذ ذاك يخرّج وجهٌ في سقوط المهر .

ووجه الأول [في][1] تنزيل التخريج بيّن ، لا حاجة فيه إلىٰ تكلف إيضاح . **ووجه الوجه الثاني** ـ أن النكاح له تميزٌ عن المسيس ، ويتعلق بالمسيس تقرير المهر ، فلا يبعد أن يحمل التفويض[2] حالة العقد على الرضا بسقوط حق العقد ، حتىٰ لو طُلِّقت قبل المسيس ، لم تستحق نصف مهر في مقابلة العقد ، فكان اشتراط تجديد التسليط مع نفي المهر [كما][3] ذكرناه .

ثم إن جرينا على الوجه الثاني في تنزيل تخريجه ، فلا شك أنها تملك المطالبة بالفرض قبل الدخول ، كما سنذكره ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإن جرينا في التخريج علىٰ أن المهر لا يجب وإن لم تجدد تسليطاً ، ففي ملكها

---

(١) في الأصل : يجيء .
(٢) في الأصل : أن يحمل على التفويض حالة العقد على الرضا .
(٣) في الأصل : بل ذكرناه .

المطالبةَ بالفرض قبل المسيس احتمال ظاهر ، يجوز أن يقال : إنها تملكه ، ويجوز أن يقال : إذا لزم النكاح عارياً عن العوض ، فلسنا نتوقع ثبوت المهر عند المسيس علىٰ هـٰذا الوجه ، فلا تملك المطالبة بالفرض . وهـٰذا هو القياس لو أمكن طرده .

ي ١٤٧ فهـٰذا منتهىٰ ما/ أردناه في ثبوت المهر وسقوطه عند جريان المسيس ، تخريجاً علىٰ أن عقد التفويض خالٍ عن استحقاق المهر .

وإن فرعنا على القول الثاني ـ وهو أنها تستحق المهر بالعقد ـ فالذي قطع به **الأئمة** : أنه إذا طلقها زوجها قبل المسيس ، سقط المهر ، ولم تستحق شطره ، وليس لها إلا المتعة .

٨٤٦١ـ وكان **شيخي أبو محمد** يكرر **في دروسه** أن الطلاق قبل المسيس يشطر مهر المثل ـ علىٰ قولنا : تستحق المفوضة المهر بالنكاح ـ وكان يشبه هـٰذا [بما][1] لو ذُكر في النكاح مهرٌ [وجُحد][2] ، ووقع الحكم بالرجوع إلىٰ مهر المثل ، فإذا وقع الطلاق قبل المسيس في مثل هـٰذا النكاح ، فمذهب **الشافعي** أن مهر المثل يتشطر تشطّر الصداق المسمىٰ على الصحة .

وهـٰذا الذي ذكره قياسٌ جلي لا ندفعه ، ولـٰكنه خالف ما عليه كافة **الأصحاب** ؛ فإنهم لم يختلفوا في سقوط جميع المهر إذا جرى التفويضُ والطلاقُ قبل المسيس ، فكان ما ذكره غيرَ معتد به ، [ولا][3] يلتحق بالوجوه الضعيفة المعدودة من المذهب ، وإنما ذكرته لأنبّه علىٰ أنه كذلك ، فإنه يُلفَىٰ في كثير من **التعاليق** عن ذلك **الشيخ** ، فليعلم الناظر ما ذكرناه فيه .

ومما ذكره : أنا إذا فرّعنا علىٰ أن المفوضة تستحق بالعقد المهر ، فلا يثبت لها حق المطالبة بالفرض علىٰ هـٰذا القول ، كما لو جرىٰ في النكاح تسميةُ خمرٍ أو خنزير أو مهرٍ مجهول ؛ فإنا إذا قضينا بثبوت مهر المثل في هـٰذه المسائل ، فلا تملك المرأة المطالبةَ

(١) في الأصل : مما .
(٢) في الأصل : وجحود .
(٣) في الأصل : وما لا يلتحق .

بالفرض ، وإن طلبته وطالبت به قيل لها : حقك مهر مثلك ، فاطلبيه ، ولا تطلبي فرضه وهو ثابت مستحَق .

وقد أجمع **الأصحاب** علىٰ أنها تملك المطالبة بالفرض .

وإن فرّعنا علىٰ أنها تستحق بالعقد المهرَ فيما ذكره **شيخي** ؛ بناءً علىٰ أن مهر المفوضة يتشطر بالطلاق ، وما ذكره **الأصحاب** مبني علىٰ أنها لو طُلقت ، سقط جميع مهرها ، [فملّكوها][1] طلبَ الفرض لتتوصّل به إلىٰ تقرُّر شطر المهر .

٨٤٦٢ـ فإن قيل : ما ذكرتموه في التفريع [لا يثمر][2] إلا الخبطَ والاضطراب ، فعلىٰ ماذا تقررون المهر ؟

قلنا : سنذكر الغرض في ذلك بعد تقديم أصل آخر ، وهو : أنه إذا جرىٰ تفويضٌ صحيح ، ولم يجر مسيس ولا طلاق ، حتىٰ مات أحد الزوجين ، ففي ثبوت مهر المثل قولان **للشافعي** وتردُّدٌ بيّنٌ ، وذِكْره يستدعي تقديمَ خبر ، وهو ما روي « أن عبد الله بن مسعود سئل عن المفوَّضة إذا مات عنها زوجها قبل الدخول ؟ فكان يردد السائل ويعدُ حتىٰ تردد شهراً ، ثم قال : إن أصبتُ فمن الله ، وإن أخطأتُ فمني ومن الشيطان ، أرىٰ لها مهر نسائها والميراثَ ، فقام مَعْقِل بن سِنان وقال : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم/ قضىٰ في بِرْوع[3] بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هـٰذا ؛ فَسُرّ ابنُ مسعود سروراً لم يُسَرّ مثله ، وحمد الله عز وجل علىٰ ذلك »[4] . ١٤٧ ش

---

(١) في الأصل : فملوكها .

(٢) في الأصل : لا يتم .

(٣) بِرْوع : باء موحدة مكسورة ، وسكون الراء المهملة ، وفتح الواو ، بعدها عين مهملة (تهذيب الأسماء واللغات للنووي) .

(٤) حديث بِرْوع ، رواه أحمد في مسنده : ٣/ ٤٨٠ ، وأبو داود : كتاب النكاح ، باب فيمن تزوج ولم يسمّ صداقاً حتىٰ مات ، ح ٢١١٤ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة ، فيموت عنها قبل أن يفرض لها ، ح ١١٤٥ ، والنسائي : كتاب النكاح ، باب إباحة التزويج بغير صداق ، ح ٣٣٥٥ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب الرجل يتزوج ، ولا يفرض لها ، فيموت علىٰ ذلك ، ح ١٨٩١ ، وابن حبان : ح ٤٠٨٦ ، والحاكم : ٢/ ١٨٠ ، ١٨١ ، وقال صحيح علىٰ شرط مسلم ، وقد رواه أيضاً الشافعي في الأم ، وتكلم =

فهٰذا الحديث يقع أيضاً في تصوير موت أحد الزوجين ، ولٰكن تردَّدَ الشافعيُّ[١] في الحديث وحكم باضطرابه ، إذ قد قيل : قال معقل بن يسار ، وقيل : معقل بن سنان ، وقيل ناسٌ من أشجع ، وقد بلغ الحديثُ على الوجه الذي رويناه عليَّ[٢] بن أبي طالب ، فلم ير قبول رواية معقل ، وقال : لا نقبل في ديننا قول أعرابي بوال علىٰ عقبيه ، فردد **الشافعيُّ** المسألة ؛ لأن الحديث لم يقع علىٰ شرطه في الصحة ، فيبقىٰ مجرد مذهب **ابن مسعود** ، ويعارضه مذهب **علي** ؛ فإنه كان لا يرىٰ للمفوضة عند موت أحد الزوجين مهراً ، وقد خلا النكاح عن المسيس[٣] .

٨٤٦٣ـ وقد حان أن نذكر الترتيب في المذهب ، فنقول : أما **العراقيون** فقد استدُّوا ، وجَرَوْا على المسلك المرتضىٰ ، وقَضَوْا بأن المفوضة لا تستحق بالعقد مهراً ؛ إذا[٤] لم يعرفوا قولاً آخر ، وقطعوا بأنها تستحق المهر إذا مسها الزوج ، وذكروا **قولين** فيه إذا مات أحد الزوجين ، مع قطعهم بأنها لا تستحق بأصل العقد مهراً ، ووجّهوا القولين ، فقالوا : من أوجب المهر في موت أحد الزوجين ، احتج بأن الموت نازل منزلة الوطء في تقرير المهر ؛ بدليل أنه يتقرر المهر المسمىٰ بالموت قبل المسيس ، كما يتقرر بالمسيس نفسه ، ومن قال : لا يثبت المهر بالموت ، احتج بأنها ما استحقت بالعقد مهراً ، ولا جرىٰ مسيس ؛ حتىٰ يقال : لو لم يثبت المهر ، لكان الوطء في حكم المبذول ، عرياً عن العوض .

وسرّ هٰذا القول أن النكاح إذا اشتمل علىٰ مسمىٰ صحيح ، ثم فرض طلاق قبل المسيس ، يسقط نصف المسمىٰ ، ويبقىٰ نصفه في مقابلة العقد ، وإن جرىٰ مسيس ، تقرر المهر . وإن فرض موت من غير مسيس ، تقرر المسمىٰ بانتهاء النكاح نهايته .

= فيه بما لخصه الحافظ بقوله : وقال الشافعي : « لا أحفظه من وجهٍ يثبت مثله » (ر . الأم : ٥/ ٦١ ، وانظر التلخيص : ٣/ ٣٨٧ ح ١٦٧٦) .

هٰذا . وفي نسخة الأصل : معقل بن يسار . والتصويب من كتب السنة .

(١) أشرنا إلىٰ هٰذا التردد وموضعه من كتاب الأم ، في التعليق السابق على الحديث .

(٢) في الأصل : « الذي رويناه عن علي بن أبي طالب ، فلم ير قبوله » .

(٣) قول علي هٰذا . رواه الشافعي في الأم : ٥/ ٦١ .

(٤) إذا : هي هنا بمعنىٰ « إذ » وهو استعمال فصيح أشرنا إليه أكثر من مرة من قبل .

وإذا عُقِد النكاحُ على التفويض ، ثم فُرض الطلاق قبل المسيس ؛ فلا يثبت من المهر شيء فتمثل[١] القول من هـٰذا المنتهىٰ ، فرأىٰ **الشافعي** ـ بعد التردد في حديث معقل ـ في قولٍ حكمَ المهر عند الموت ولا مسيس ، كحكم نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول ؛ فإن نصف المسمىٰ كان ثبت عند الطلاق . والآن لم يثبت منه شيء ، فكان تشبيه ما يقتضيه الموت من التقرير بما يتقرر من المسمىٰ عند الطلاق قبل المسيس ، أولىٰ من تشبيهه بما إذا جرىٰ المسيس . فهـٰذا أحد القولين ، وهو فقه حسن .

والقول الثاني ـ أن الموت في اقتضائه التقريرَ ، نازل منزلة الوطء ؛ فإنه إذا انقضى العمر على النكاح ، وبلغ بانقضائه النكاحُ غايتَه ، فقد اتصل بالمقصود ـ وهو الدوام إلىٰ آخر العمر ـ فيجب ألا/ يكون عريّاً عن المهر . ١٤٨ ي

والقول الأول أفقه[٢] ، والثاني معتضد بقصة ابن مسعود ؛ فإن حديث معقل إن رده عليٌّ ، عمل به ابن مسعود ، ومن قواعد الأصول الترجيح بالحديث الذي لا يقطع بسقوطه ؛ فإنه لا ينحط عن أقوىٰ مسلك في الترجيحات ، هـٰذا كله بيان طريقة واحدة ، وهي ما اختاره **العراقيون** .

٨٤٦٤ـ طريقة أخرىٰ **للمراوزة** ، وهي : طرد القولين في أن المفوِّضة هل تستحق بأصل العقد مهراً ؟ وفيه علىٰ ما ذكروه **قولان** : **أحدهما** ـ وهو الأصح عندهم ـ أنها لا تستحق بأصل العقد مهراً ، وهـٰذا الذي قطع به **العراقيون** ولم يعرفوا غيره .

والقول الثاني ـ أنها تستحق بأصل العقد المهرَ ، ورأْيُ **المراوزة** في ذلك مختلف ،

---

(١) كذا بهـٰذا الرسم بدون أي نقط . (ولعل المعنىٰ : أننا يمكن أن ندرك مأْخذ القول ، ونعرف أصله) .

(٢) قال النووي : « رجح الإمام والبغوي والروياني أن المهر لا يجب بالوفاة قبل المسيس » فلعله أخذه من قول الإمام : « الأول أفقه » . ثم إن النووي رأىٰ ترجيح الوجوب ، مائلاً إلىٰ تصحيح حديث بِرْوع ، ولعلّه في هـٰذا تبع الرافعي في الشرح الكبير . قلت (عبد العظيم) : واضح من كلام الإمام أنه أَميل إلىٰ ترجيح الوجوب وإن لم يصرّح به . (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٢٧٩ ، والروضة : ٧/ ٢٨٢) .

قال معظمهم : هـٰذا قول مخرج . وقال قائلون : هو مأخوذ من نص **الشافعي** في أن المفوِّضة إذا ماتت ، أو مات زوجها قبل المسيس ، فلها المهر كاملاً ، هـٰذا منصوص . وهو دالّ علىٰ أنها استحقت بأصل العقد المهر ؛ فإنه لا يتقرر بالموت مهر ما لم يثبت بالنكاح .

توجيه القولين في الأصل : من قال : لا يثبت المهر بالعقد ، احتج بأن المهر حقها ، وحق المولىٰ من أمته ، فإذا وقع الرضا بإسقاطه لم يثبت ، وآية ذلك أنه لا يتشطر بالطلاق قبل المسيس . ومن قال : إنها تستحق بالعقد ، احتج بثبوت المهر حالة المسيس ، مع العلم بأن تصرف المالك على الوجه المستباح في ملكه لا يلزمه عوض ملكه ، فإذا لزم ، دلّ علىٰ أن اللزوم كان بالعقد ، هـٰذا وضع القولين تأصيلاً وتوجيهاً .

٨٤٦٥ـ فإن حكمنا بأنها لا تستحق بالعقد شيئاً ، فوراء ذلك تخريج **القاضي** في المسيس كما قدمته ، وليس هو من المذهب ، وإذا أنكرناه بشيء من هـٰذا المنتهىٰ ، فإنه يتحقق هـٰذا القول ، فنبديه في معرض سؤال وجواب عنه .

٨٤٦٦ـ فإن قيل : ما وجه إيجاب المهر حالة الوطء ، مع عروّ العقد عن المهر ؟ قلنا : الجواب عن ذلك يستدعي تقديم أصلٍ في المذهب ـ هو مقصود في نفسه ـ وبه يبين غرضُنا في المنتهى الذي انتهينا إليه ، وذلك أن المفوضة إذا وطئها الزوج ، ووقع الحكم بوجوب المهر ، فقد اختلف **أئمتنا** في أن الاعتبار في مهر المثل بحالة الوطء أم بحالة العقد ؟ وفيه **وجهان** مشهوران ، ينبني عليهما أنا إذا اعتبرنا حالة المسيس فكأنا افتتحنا إيجاب المهر بالمسيس ، نخرّجه علىٰ أنا وإن احتملنا إسقاط المهر حالة العقد ، فلا نحتمل إسقاطه في مقابلة المسيس .

وفي تقرير ذلك إشكال بيّن ؛ فإن المهر ليس ركناً في النكاح ، وإنما يتميز النكاح عن السفاح بصحته وإفضائه إلى استحقاق المنفعة علىٰ موجب الشرع ، وذلك لا يستدعي عوضاً/ ، ولذلك لم يبعدفي الشرع نكاح يصح من غير مهر ، كتزويج السيد أمته من عبده . ش ١٤٨

ونهاية الإمكان في ذلك أن نقول : النكاح في وضعه يقتضي [كالبيع][١] الصحيح ـ عوضاً ، والذي ذُكر من أن المهر ليس ركناً في النكاح ، فالمراد به : أنه ليس يثبت علىٰ حقيقة العوضية ركناً ، كما يكون الثمن أحد ركني البيع ، فأما المصير إلىٰ أنه لا يثبت شرعاً إقامةٌ لمنصب النكاح وما يقتضيه الشرع ، فلا ، فهو ركنٌ شرعاً ، وليس ركناً عوضاً ، وهو بمثابة عوض الخلع ؛ فإن البينونة من غير عوض ولا استيفاءِ عدد [الطلقات][٢] في الممسوسة غيرُ ممكن ، ولـٰكن يفسد العوض ، ويثبت الرجوع إلىٰ مهر المثل ، أو قيمةِ العوض ، كما تقدم في الصداق .

ثم إنما يعظم الأمر في تعرية الوطء عن العوض الشرعي ، ولا يبعد عروّ النكاح ، وهـٰذا القائل يقول في تزويج الرجل أمتَه من عبده : إنا نحكم بثبوت المهر وسقوطه ، وهو محمول علىٰ مذهب الضرورة ؛ فإن العبد لا يملك ولا يستبيح الوطء [بطريق][٣] التسري ، فأُثبت في حقه النكاح ، كما ذكرناه .

وقد ينقدح فيه أن يقال : كان يجب بطلان تزويج الأمة من العبد إذا كان مولاهما واحداً ؛ إذ [لا][٤] يتصور أنه نكاح مشتمل على المهر . فهـٰذا منتهى الإشكال .

ومن قال : الاعتبار في مهر المثل بصفتها حالة النكاح ، احتمل ذلك **مسلكين** :

أحدهما ـ أنا نتبين إذا جرى المسيس أن المهر وجب بنفس العقد ، فيخرج من ذلك أن الأمر موقوف ، فإن انقضى النكاح من غير مسيس ، تبينا آخراً أن المهر لم يجب بأصل العقد . وإن جرىٰ في النكاح مسيس ، تبيّنّا أن المهر وجب بأصل العقد ، هـٰذا مسلك .

والثاني ـ أن المهر يجب بالمسيس ، وإن اعتبرنا صفة المرأة حالة النكاح ، فعلىٰ هـٰذا نقطع القول بعرو العقد عن المهر ، ويكون الاختلاف في أن الاعتبار في صفتها ـ

---

(١) مكان كلمة غير مقروء بالأصل . وهي كذلك في (صفوة المذهب) .
(٢) زيادة لإيضاح العبارة .
(٣) في الأصل : وطريق .
(٤) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها . وهي ثابتة في (صفوة المذهب) .

إذا أوجبنا مهر المثل ـ حالةَ [النكاح][1] ـ مأخوذاً[2] من أصل اختلف فيه **الأصحاب** ، وهو أن الرجل لو جنىٰ علىٰ أمة حاملٍ بولد رقيق ، ثم أَجْهضت ، وأوجبنا على الجاني عُشر قيمة الأم ، فنعتبر قيمتها يوم الانفصال أم نعتبر قيمتها يوم الجناية ؟ المنصوص عليه **للشافعي** أن الاعتبار بقيمتها يوم الجناية . وقال **المزني وأبو الطيب بنُ سلمة** : نعتبر قيمتها يوم الإلقاء . وفي هـٰذا التشبيه نظر ولـٰكنه علىٰ حالٍ تقريبٌ في سرّ مسألة الجناية ، يأتي في كتاب الجنايات ، إن شاء الله عز وجل .

والأوجه في المعنىٰ : أنّا [إن][3] اعتبرنا حالة العقد ، فنتبين استناد الوجوب إلىٰ تلك الحالة ، ونبني الأمر على الوقف الذي ذكرناه ؛ [إذ][4] لا وجه لاعتبار صفة في حالةٍ لا يجب المهر فيها ـ ثم إذا قلنا : لا يجب المهر بالنكاح ، فلا شك أن الطلاق إذا جرىٰ قبل المسيس/ ، فلا يجب شيء إلا المتعة . ي ١٤٩

وقد ربط **المحققون** ذلك بقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] ثم قال عزّ من قائل : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] وقد اتفق المفسرون أن الآيات مسوقة في المفوَّضة ، وأنها إذا طلقت قبل المسيس ، فلها المتعة ، كما سيأتي شرحها في بابها ، إن شاء الله تعالىٰ .

ثم قالوا : [لو][5] فرض لها شيء قبل المسيس ، فطُلِّقت ، فلها نصف المفروض ، ولا متعة .

٨٤٦٧ـ ثم يبقىٰ ـ بعد ما ذكرناه ـ القولُ في طلب الفرض ـ تفريعاً علىٰ أنها

---

(١) عبارة الأصل : « ويكون الاختلاف في أن الاعتبار في صفتها ، إذا أوجبنا مهر المثل ، فإنها حالة مأخوذاً من أصل اختلف فيه الأصحاب » والحذف والزيادة من المحقق ، ونرجو أن يكون صواباً .
(٢) مأخوذاً : خبر « يكون الاختلافُ . . . » .
(٣) زيادة من المحقق لاستقامة الكلام . وفي (صفوة المذهب) : « إذا » .
(٤) في الأصل : أن لا وجه .
(٥) زيادة من المحقق .

لا تستحق بالعقد المهرَ ـ فنقول : إذا جرينا علىٰ ما قطع به **الأئمة** ـ من وجوب المهر عند المسيس ، فهٰؤلاء أجمعوا علىٰ أنها تملك المطالبة بالفرض ، حتىٰ لا يقع الإقدام على الوطء إلا علىٰ مفروض ثابت .

وإن فرعنا علىٰ أن المهر لا يثبت بالمسيس أيضاً ، وقلنا : لو مسها ، فلا مهر ، وإن لم يجر تسليط على الوطء ، فيتجه جداً أن نقول : لا تملك المطالبةَ بالفرض أصلاً ، وقد لزم النكاح عريّاً عن المهر ، كيف تَصَرَّفَ الحال ، وقد يلزم علىٰ هٰذا القياس أن يقال : لا يثبت المهر ، وإن قُدّر فرضٌ ؛ لأن الانعقاد ولزومه علىٰ حكم [العقد][1] ينافي في ثبوت المهر ، جرياً على امتناع إلحاق الزوائد بالعقود [وبُعْد لزومها][2] ، وهٰذا مشهور من مذهب **الشافعي** .

وما ذكرناه أقيسةٌ واحتمالات ، والرأي : القطع بما قطع به **الأصحاب** .

٨٤٦٨ـ ثم في مصير **الأئمة** إلىٰ أن المهر يجب عند المسيس إشكالٌ في الفرض والمطالبة ؛ من جهة أنه كان يجوز أن يقال : هي علىٰ ثقة من ثبوت المهر إذا جرى المسيس ، فلا معنىٰ لطلبها الفرض ، ولٰكن المرأة تقول : إذا كان الزوج [يتسلّط][3] على الوطء ولي المهر ، ثم الشرع أثبت لي حق الامتناع عن الوطء في النكاح المشتمل على المسمى الصحيح ، فطلبي الفرض في مقابلة طلبي المهر المسمىٰ في النكاح المشتمل عليه .

فهٰذا منتهى القول في هٰذا ، وهو غاية البيان .

ومن طمع أن يلحق ما وَضْعُه على الإشكال وتقابلِ الاحتمال بما هو بيّنٌ في وضعه ، فإنما يطلب مستحيلاً مُعْوِزاً . والمطلع على الحقائق ـ فيعرف كل شيء علىٰ ما هو عليه ـ هو الله عز وجل .

وكل ما ذكرناه تفريع علىٰ أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً .

---

(١) في الأصل : العرف . والمثبت تصرّف منا .
(٢) في الأصل : « وبعد لـ مومها » هٰكذا تماماً .
(٣) في الأصل : يتشطط .

٨٤٦٩ـ فإن قلنا : إنها تستحق المهر بالعقد ، ففي التفريع علىٰ هـٰذا القول بقية البيان .

قال **الأئمة** : إذا طُلِّقت قبل المسيس ؛ لم تستحق من المهر شيئاً ، وإن قضينا بأنه وجب بأصل العقد ، فهـٰذا هو المذهب ، وعليه التعويل . والشاهد له من القرآن قوله تعالىٰ : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة : ٢٣٧] ، فخصص استحقاق نصف المهر بأن نفرض ، فدلّ مفهومُ الخطاب دلالة ظاهرة علىٰ أنها لا تستحق شيئاً من المهر إذا لم يجر فرضٌ .

وكان **شيخي** يقطع ـ إذا فرّع علىٰ هـٰذا القول ـ بأن المرأة تستحق نصف مهر المثل إذا طلقت قبل/ المسيس ، قياساً علىٰ ما إذا أصدقها زوجها خمراً أو خنزيراً أو مجهولاً . وهـٰذا غير معتد به . ش ١٤٩

وسرّ مذهب **الأصحاب** يتبين بذكر **مرتبتين** : فنقول : إن اشتمل النكاح علىٰ مهر مسمّىٰ ، ثم فُرض الطلاق قبل الدخول ، فالشرع قابَل العقدَ بنصف المهر ، وليست هـٰذه المقابلة علىٰ نهاية التأكد ، والدليل عليه : أنه قد يفرض سقوط جميع المسمىٰ بجريان فسخ قبل المسيس . والمختار : أنه لا يسقط المسمىٰ بجريان الفسوخ بعد المسيس ؛ لما كان المهر علىٰ نهاية التقرر ، فهـٰذه مرتبة .

فإذا رضيت المرأة بتعرية النكاح عن المهر ، فالمهر ضعيف ، وإن حكمنا بأنه يثبت بالعقد ، فتكون جملة المهر في هـٰذه المنزلة بمثابة شطر المسمىٰ إذا جرت تسمية . فإن حكمنا بسقوط جميع المهر في حقِّ المفوضة ، فليس حكمنا منافياً للقضاء بوجوب المهر بأصل العقد .

فهـٰذا بيان مسلك **الأصحاب** ، وهو الحق الذي لا مراء فيه .

ثم ينبني علىٰ ذلك أمر الفرض والمطالبة ، أما علىٰ طريق **الإمام والدي**[1] [ ][2]

---

(١) الإمام والدي : هـٰذه هي المرة الثانية للآن التي عبر فيها عن والده بهـٰذه الصورة ، بدلاً من شيخي ، وأبو محمد ، والشيخ الوالد . ونادراً جداً (الإمام) فقط .

(٢) ما بين المعقفين بياضٌ في الأصل قدر أربع كلمات . والسياقُ مستقيم بدونه .

فليس لها طلب الفرض ؛ فإن مهر المثل عنده ثبت ثبوت المهر المسمىٰ ، فيتشطّر بالطلاق ، ويتقرر بالمسيس ، فلا معنىٰ لطلب الفرض ؛ فإن الفرض لا يفيد مزيداً ، وسبيل طلبه في هـٰذا المقام كسبيل طلبه إذا جرىٰ في النكاح مسمّىً فاسدٌ ، وكسبيل طلبه إذا جرى المسيس واستقر به مهر المثل . ولا خلاف أنه لا معنىٰ لطلب الفرض بعد المسيس . ولـٰكن هـٰذا المذهب ـ وهو المصير إلىٰ أن المهر يتشطر بالطلاق قبل المسيس والفرضِ ـ ليس معتداً به ، ولا معدوداً من المذهب .

فالمرأة إذاً تملك طلب الفرض ، وغرضها أن تتوصَّلَ إلىٰ تقرير نصف المهر ، [لو][(١)] فرض طلاق قبل المسيس .

وحقيقةُ القول في الفرض نذكره على الاتصال بنجاز هـٰذا الكلام في فصل معقود .

فَصْلٌ

في الفرض ومعناه وما يتعلق به من التفاصيل .

٨٤٧٠ـ فنقول : إذا حكمنا بأن المفوِّضة لا تستحق شيئاً بالعقد ، فقد ذكرنا أنها تملك طلب الفرض . وأوضحنا ما فيه من ترددٍ واحتمالٍ علىٰ ما عليه **الأصحاب** ، وعلى التخريج الذي ذكره **القاضي** .

والأصل المعتمد : أنها تملك طلب الفرض إذا فرعنا علىٰ أنها تستحق المهر بالعقد ، فالذي ذكره **الأئمة** مع ذلك أنها تستحق طلب الفرض . وقد أوضحنا ذلك علىٰ طريقة **الأصحاب** ، وذكرنا طريقة **شيخنا أبي محمد** .

ونحن الآن نرفع تفرّق الفكر بالتخريج ، وطريق **شيخنا** ، ونرد النظر إلىٰ ما عليه **الأصحاب** ، من أنها تملك طلبَ الفرض ، وهـٰذا متجه علىٰ قولنا : إنها لا تستحق بالعقد مهراً ، فالفرض يفيدها لا محالة استحقاق المفروض . وإن قضينا بأنها تستحق بالعقد ، فالفرض يفيدها/ تقرير نصف المهر ، بناء علىٰ أنها إذا طُلقت قبل المسيس ، لم تستحق شيئاً ، ويسقط المهر كله . ١٥٠ ي

(١) في الأصل : « ولو » .

ووراء ذلك كلام **للأصحاب** ، وذلك أنهم قالوا : لو أرادت أن تطلب من المهر شيئاً وإن قل ، لم تملكه ولم تجد إليه سبيلاً ، وإنما لها طلب الفرض فحسب ، وهـٰذا الآن مشكل جداً ، مناقضٌ لقولنا : إنها تستحق بالعقد المهرَ ، وكان الوجه أن يقال : تملك طلب المهر ، وتملك طلب الفرض . أما طلب المهر فمعلل بثبوت المهر ، وأما طلب الفرض ، فسببه تقرير نصف المهر ، وهـٰذا له التفات علىٰ مطالبتها بوطأة واحدة ليتقرر بذلك مهرها ، ولـٰكن ذلك مختلَفٌ فيه ، وطلب الفرض علىٰ رأي **الأصحاب** متفق عليه ، والسبب فيه أن الزوج قادر على الفرض متىٰ شاء ، والوطء أمر جِبِلِّيٌّ قد لا تساعد الطبيعةُ على المواتاة فيه ، ولا عجز بالزوج أيضاً ، ولـٰكن وقته لا يتعين ، فبعُد تمليك المرأة الطلبَ فيه في أي وقت [تشاء][(١)] ، وما ذكره **الأصحاب** تصريح بإفساد القول بأنها تستحق بالعقد شيئاً ، وأن هـٰذا القول لا ثبات له ، ولذلك لم يعرفه **العراقيون** ، ولم يعرِّضوا بذكره أصلاً .

٨٤٧١ـ فإذا [تمهّد][(٢)] أصل الفرض فيما رسمناه ، فنخوض بعد ذلك في تفصيل القول ، ونقول : الفرض يقع من الزوج ، فإذا وقع التراضي بمبلغ ، فَفَرضه الزوجُ ، ثبت ، ويجوز أن يكون عيناً معيّنة ـ نقداً أو عَرْضاً ، ويجوز أن يكون ديناً ملتزماً في الذمة .

والمذهب الأصح : أن الفرض إذا كان يجري من الزوج ، فلا يشترط علمُه وعلمُ الزوجة بمقدار مهر المثل ، وإنما التعويل علىٰ رضا المرأة وفَرْضِ الزوج .

ومن **أصحابنا** من قال : لا يصح [الفرض][(٣)] من الزوج ما لم يكونا عالمين بمقدار مهر المثل ، وهـٰذا الوجه ضعيف ، لا معوّل عليه ، ولـٰكنه مشهور في الحكاية .

وقد قال بعض **المحققين** : إن حكمنا بأن المفوضة لا تستحق بالعقد مهراً ، فلا حاجة إلىٰ معرفة هـٰذا المِثْل ؛ فإن الفرض ابتداءُ إيجابٍ علىٰ هـٰذا القول ، وإن حكمنا

---

(١) في الأصل : شاء .
(٢) في الأصل : مهد .
(٣) في الأصل : العقد . وصدقتنا (صفوة المذهب) .

بأن المفوضة تستحق المهر بالعقد ، فهو مهر المثل ؛ فلا بد من علمها بمهر المثل .

والذي نراه في ذلك رأياً ـ وهو حقيقة الأمر ـ أنا إن فرّعنا على الأصح ـ وهو أن المفوَّضة لا تستحق بالعقد شيئاً ـ فإذا فَرَضَ الزوجُ ، فالظاهر أنه لا حاجة إلى العلم بمبلغ المهر ، ولـٰكن ينقدح معه اشتراط العلم ؛ فإنا لو قدرنا الفرض ابتداء إيجاب ، كان ذلك خارجاً عن القانون ؛ فإن العوض إنما يثبت بالعقد ، وشرطه إيجاب وقبول ، والقبول ليس معتبراً في الفرض اتفاقاً ، ولو اعتُبر ، فالمرأة ليست قابلة في عقد النكاح ، والنكاح لا يمكن إعادته ما لم يُنقض ، فمن ضرورة الفرض أن يكون له التفاتٌ على/ ما يجب بالوطء ، والواجب به إن لم يجر فرضٌ مهرُ المثل . وبالجملة ١٥٠ ش الفرض لا يضاهي قاعدة من قواعد الأعواض علىٰ رأي **الشافعي** . فمَن اشترط العلم بالمهر علىٰ هـٰذا القول ، فصَدَرُه مما نبهنا عليه الآن .

ويتصل بهـٰذا المنتهىٰ أن المفروض لو كان أقل من مهر المثل ، جاز علىٰ هـٰذا القول ، وكذلك لو كان عَرْضاً من العروض ، مع العلم بأن مهر المثل لا يكون إلا نقداً . والسر فيه أن الشرعَ كما[1] أثبت للمرأة طلب الفرض وَسَّع الأمرَ عند التراضي ؛ حتىٰ يستفيد الرجل [البراءة][2] عن مهر المثل قبل وجوبه بالمسيس إذا رضيت ؛ فإن المهر المسمىٰ في النكاح على التراضي ، فكان الفرض دائراً على الرضا ، ولـٰكن إن رضيت ، فالأمر علىٰ ما وصفنا .

وإن لم ترض إلا مهر المثل ، فالوجه أن يقال : إن ساعدها ، فذاك ، وإلا رفعت الأمر إلى القاضي ، وهو القسم الثاني في الفرض ، كما سنصفه الآن ، إن شاء الله عز وجل .

٨٤٧٢ـ ومما يتعلق بذلك : أن الزوج لو أراد أن يفرض لها من غير أن تطلب الفرض ؛ فإن فرض لها أقل من مهر المثل ، لم يثبت . وإن فرض لها مهر المثل من غير طلبها وتعرضها ، فهـٰذا محتمل جداً ؛ يجوز أن يقال : يثبت ؛ فإن الفرض ليس

---

(١) « كما » : بمعنىٰ (عندما) .

(٢) في الأصل : « المثل عن مهر المثل » . والمثبت محاولة منا لإقامة النص . لسنا راضين عنها تماماً . والله المستعان .

عقداً ، [ويظهر][(١)] أن يقال : لا يثبت ما لم تطلب ؛ فإن طلبها ينزل منزلة القبول في العقود .

ولو وقع التراضي علىٰ أكثر من مهر المثل ، فيظهر علىٰ هـٰذا القول أن يثبت ؛ فإن المهر غير ثابت حالة الفرض ، ويحتمل ألا يثبت الزائد إذا كان من جنس النقد الذي إليه الرجوع ؛ فإنا علىٰ كل حال نلتفت إلىٰ مهر المثل ، فكأنه وإن لم يثبت بعدُ ـ فهو مستحق الثبوت . وهـٰذا يشابه مسألة ستأتي ـ إن شاء الله عز وجل ـ في الجنايات ، وهي : أن من صالَح علىٰ دم العمد علىٰ أكثر من دية ؛ ففي ثبوت العوض كلام مأخوذ من التفريع علىٰ موجب [العمد][(٢)] ، أنه ماذا ؟ وسيأتي مشروحاً ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا كان يثبت المشروط ـ وهو أقل ، فيثبت أيضاً وهو أكثر . ولولا اعتراض شيء في الفكر لما أوردنا القول في ذلك ، ولـٰكن لو ثبتت الزيادة ، لما ثبتت إلا عوضاً ، وكيف يتصور ثبوت العوض من غير التفات إلىٰ ما سيستحق من غير صيغة عقد ؟

٨٤٧٣ـ ومما يتم به الغرض : أن المرأة لو قالت : « أسقطت حقي من طلب الفرض » فكيف الوجه فيه ؟ فنقول : قد ظهر الاختلاف في أن الإبراء عما [لم][(٣)] يجب وظهر[(٤)] سبب وجوبه ، هل يصح ؟ وعليه خُرِّج إبراء المرأة عن نفقة عدتها ، فعلىٰ هـٰذا لو قالت : أبرأت عما سيجب لي من المهر عند الوطء/ ؛ فالظاهر : خروج ذلك على الخلاف الذي ذكرناه الآن . ي ١٥١

فإن قيل : ثبوت المهر يتعلق بتعبد الشرع ، فكيف يسقط بإسقاطها ؟ قلنا : الإبراء في الأعواض نازل منزلة الاستيفاء، وليس هـٰذا الذي ذكرناه بمثابة ما ذكره **القاضي** من تسليطها إياه على الوطء من غير مهر ، فإن معناه أن ترضىٰ بانعدام المهر ، وإجراء الوطء علىٰ حكم التعرية ، والإبراءُ الذي ذكرناه ، معناه : تقدير ثبوت المهر مع إسقاطه بعد ثبوته .

---

(١) في الأصل : فيظهر .

(٢) في الأصل : العمل .

(٣) زيادة من المحقق ، لا يصح الكلام إلا بها .

(٤) وظهر سبب وجوبه : أي جرىٰ سبب وجوبه ، كما هي عبارة الرافعي والنووي . وفي صفوة المذهب : « ووجد سببُ وجوبه » .

فإذا تقرر هـٰذا ، عدنا إلى القول في إسقاطها حقَّ طلب الفرض ، فنقول : هـٰذا لغو لا حاصل له ؛ فإنها إذا لم تُسقط المهر ـ على التقدير الذي ذكرناه ـ فلا يسقط حق الطلب ، كما يسقط حق طلب المرأة التي آلىٰ عنها زوجها ، في أمثلة لذلك معروفة . وكل ما ذكرناه تفريع علىٰ أن المفوِّضة لا تستحق بالعقد شيئاً .

٨٤٧٤ـ فأما إذا فرّعنا علىٰ أنها تستحق [بالعقد][1] المهرَ ، فلو وقع التراضي علىٰ مقدار مهر المثل ، فلا كلام . وإن وقع التراضي علىٰ أكثر من مهر المثل ؛ فالذي أراه : امتناع هـٰذا ، كما إذا صالح عن دم العمد بأكثر من الدية ، والتفريع علىٰ أن الموجَب الدية أو القَوَد أوْ أحدُهما لا بعينه ، فإن وقع التراضي[2] علىٰ أقل من مهر المثل ؛ فالذي قطع به **الأصحاب** : أن ذلك يصح . وخروج ذلك علىٰ حمل الاقتصار علىٰ هـٰذا المقدار علىٰ إسقاط ما يتمم به مهر المثل ، وعلىٰ هـٰذا خُرِّج جواز الفرض بما دون مهر المثل .

فإذا تقرر ما ذكرناه ، فالذي جرّ هـٰذا الكلام كلَّه ، القولُ في أنا هل نشترط علم الزوجين ؟ وقد فرعنا ذلك على القول الأول ، وتفريعه علىٰ هـٰذا القول : أن المفروض إن كان دون مهر المثل قطعاً ، فلا حاجة إلى العلم بمقدار مهر المثل ، وإن أمكن أن يكون المفروض أكثر من مهر المثل ، ولم يكن من جنس مهر المثل ، فالوجه : ألا نشترط العلم بالمهر . وإن كان المفروض من جنس مهر المثل ، ويمكن أن يكون [أكثر][3] ، فيتجه اشتراط العلم .

فهـٰذا تمام البيان في ذلك [و][4] **الأصحاب** أطلقوا وجهين .

٨٤٧٥ـ ومما نذكره الآن : القول في تأجيل المفروض ، وقد ذكر معظم **الأئمة** أن المفروض يقبل التأجيل ، وفي **بعض التصانيف** ذكر الوجهين ، والتحقيق فيه : أنا إن فرعنا علىٰ أن المفوِّضة لا تستحق بالعقد شيئاً ؛ فالظاهر : ثبوت الأجل إذا وقع

(١) زيادة لوضوح العبارة .
(٢) عبارة الأصل هـٰكذا : فإن وقع على التراضي أقل من مهر المثل .
(٣) زيادة لاستقامة الكلام ، لا يصح إلا بها .
(٤) (الواو) زيادة من المحقق .

التراضي به ، فإن المفروض علىٰ هـٰذا القول واجبٌ مبتدأً ، وإن كان له التفات علىٰ موجب العقد .

ش ١٥١ ويحتمل أن يقال : لا يثبت الأجل فيه ؛ فإن الفرض/ ليس عقداً تاماً ، وأشبه شيء به الفرض[١] ، ثم لا يثبت الأجل فيه .

وإن فرّعنا علىٰ أن المفوضة تستحق بالعقد المهر ، فهل يقبل الأجل ، وكيف وجهه ؟ فنقول : الأجل علىٰ هـٰذا القول بعيدٌ ، ولـٰكن ليس ينحسم الاحتمال فيه ، مع جواز الاقتصار علىٰ أقل من مهر المثل ، وجواز العدول عن جنس مهر المثل .

وكنت أود لو كان الفرض علىٰ هـٰذا القول اعتياضاً عن المهر الواجب بالعقد ، ثم كان يترتب عليه ما يليق به ، ومن أوائله : اشتراط الإيجاب والقبول ، قياساً على الاعتياض ، عن جميع الأعواض ، أو كان يخرّج على الاعتياض عن الثمن في الذمة ، ولـٰكن أطبق **الأصحاب** علىٰ إجراء الفرض علىٰ نسق واحد على القولين ، وهو محمول عندي علىٰ كف الفكر عن الغوامض والمغاصات ، ونحن لم نأل جهداً نقلاً وتنبيهاً وتخريجاً على الأصول .

٨٤٧٦ـ ومما يتصل بهـٰذا المنتهىٰ : أن الزوج لو فرض لها خمراً برضاها ، فالذي ذكره **الأئمة** يقتضي أن ذلك لغو ، وكأن لا فرض ، ولا نجعل تسميةَ الخمر في مقام الفرض بمثابة تسميته الخمر [مهراً][٢] ، فإن قيل : إذا جوزتم تأجيل المفروض ، فهلا جعلتم تسميته بمثابة تسميتها[٣] في الإصداق ؟ قلنا : لا سواء ؛ فإن الخمر إذا [سميت][٤] في النكاح ، فقد قصد العوض ، فلم نجد بُداً من إثبات المهر ، فأثبتناه . وأما الفرض ، فليس ينحسم بابُه ، فإذا فسد فرضٌ ، لغا ، وابتُدِىء فرضٌ صحيح ، هـٰذا هو الذي لا يجوز غيره .

وكل ما ذكرناه فيه إذا جرى الفرض على التراضي .

---

(١) كذا . وهو في مخطوطة ابن أبي عصرون بنفس الألفاظ أيضاً .
(٢) زيادة لإيضاح الكلام .
(٣) تسميتها : الضمير يعود على الخمر .
(٤) في الأصل : سويت .

٨٤٧٧ـ فأما القول في فرض القاضي ؛ فإنما تمس الحاجة إلىٰ ذلك ، إذا طلبت وأبى الزوجُ ، أو تنازعا في مقدار المفروض ، فأما إذا كانا يتراضيان ، فلا فائدة في الارتفاع إلى القاضي .

فإذا ثبت ذلكَ ؛ فلو تنازعا ، وكانت المرأة لا ترضىٰ إلا بأقصىٰ حقها ، فلا يصح الفرض من القاضي ، ما لم يكن عالماً بمقدار مهر المثل ؛ إذ إليه الرجوع ، وهو منتهىٰ حقها . فإن تراضيا في مجلس القاضي بدون مهر المثل ، فالقاضي ليس بفارض ، وإنما الفارض الزوجُ برضاها ، فإن فوّضا إلى القاضي ، فهو في حكم المستناب عن الزوج ، وإذا كان النزاع دائماً ، فَفَرْضُ القاضي ثابت أيضاً ، ولـٰكنه نيابةٌ قهرية ، يُجْريها القاضي [استيفاءً لحقٍّ][(١)] من الممتنع عنه .

ولو امتنع الزوج من الفرض ، فرضيت المرأة بدون مهر المثل ، أو رضيت بأن يكون المفروض مؤجلاً ، والتفريع علىٰ أن الفرض يقبل التأجيل ، فنقول : أما إذا رضيت بالتأجيل ، والزوج علىٰ إبائه وامتناعه ، وكان القاضي يفرض عليه قهراً ، فقد قال **المحققون** : ليس للقاضي أن يفرضه مؤجلاً ، وإن كان الفرض قابلاً للأجل لو صدر من/ الزوج ـ على الرأي الأصح ؛ والسبب فيه : أن منصب القاضي [يقتضي منه إلزامَ الزوج][(٢)] مالاً حاقّاً ، انتجزت الطَّلِبة به . فأما إثباته علىٰ أجلٍ ومهل ، فلا يليق بمنصب الولاة ، وليس كما لو كان الفارض الزوج ؛ فإن ذلك يجري مجرى العقود والتراضي علىٰ ما يتفق به الرضا به . والسلطان قد يبيع مال الطفل بأجل ؛ لأن بيعه منوط بالنظر ، فإذا رأى الغبطة في التأجيل ، أجّل ، علىٰ شرائط ذكرناها في كتاب الرهون ، [وفرضه عن زوج ممتنعٍ استيفاءُ حقٍّ منه][(٣)] ، ولا يتحقق استيفاء الحق لأجل

١٥٢ ي

---

(١) في الأصل : استيفاء الحق .

(٢) عبارة الأصل : « أن منصب القاضي بعمعى من الزام العين مالاً حاقاً » هـٰكذا بهـٰذا الرسم وهـٰذا الضبط ، والمثبت تصرّفٌ منا . يؤدي المعنىٰ ، وإن كان بعيداً عن ألفاظ الأصل .

(٣) عبارة الأصل : « وفرضه للزوج ممتنع استيفاء حق منه » هـٰكذا بهـٰذا الرسم والنقط . والمثبت تصرف منا بالزيادة والتعديل ، وفاءً بما يقتضيه السياق ، حيث تعذر علينا إدراك موضع التحريف في ألفاظ الأصل .

الامتناع إلا فيما يتَّصف بالحلول ، وأيضاً ، فالأجل إذا ثبت ، فهو حق لمن عليه الحق ، وإثبات الحق لناظرٍ [لنفسه][١] حاضرٍ لا وجه له . فخرج من مجموع ما ذكرناه أن الأجل لا يثبت إلا برضا [الزوجة][٢] وفي ثبوته [برضاها][٣] التردد الذي ذكرناه . فهـٰذا منتهى القول في ذلك .

ثم قال **الأصحاب** : إذا كانت المرأة لا ترضىٰ إلا بنهاية حقها ، فيتعين على القاضي أن يفرض لها مهرَ مثلها ، ثم قالوا : لو زاد شيئاً أو نقص ، لم يجز إلا القدر اليسير الذي لا يؤبه له ، ويسوغ الاجتهاد فيه . ولم يُرد **الأصحاب** بذلك زيادة محققة أو نقصاناً محققاً ، وإنما أرادوا ما يقع التغابن في مثله ، ولا يثبت به القول فيه زيادة ولا نقصان . وهـٰذا على التحقيق إيجاب مهر المثل ؛ فإن مبلغه مظنون ، كما سيأتي في الباب المعقود علىٰ أثر هـٰذا الباب ، إن شاء الله عز وجل .

فَرْعٌ : ٨٤٧٨ـ الأجنبي إذا فرض للمفوضة شيئاً برضاها ، وجرىٰ ذلك بينه وبينها ، فهل يصح الفرض من الأجنبي ؟ ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يصح كما يصح من الأجنبي أداءُ الدين ، وإن لم يصدر عن إذن الزوج ، فكذلك يصح منه الفرض برضاها . [وهـٰذا المفروض يكون على الأجنبي][٤] ، فإنه لم يُلزم الزوجَ شيئاً .

والوجه الثاني ـ وهو الأصح عندهم ـ أنه لا يصح ؛ لأنه تصرفٌ في العقد ، وتغيير لصفته .

فإن قلنا : لا يصح ، لغا ما كان ، ولها مطالبة الزوج بالفرض . وإن صححنا الفرض ، سقطت طلبتها عن الزوج ، وطالبت الأجنبي بما التزمه .

ثم إذا طلقها الزوج قبل المسيس ، فإلىٰ من يرتد النصف المفروض ؟ فعلى الوجهين المذكورين إذا تبرع الأجنبي بأداء الصداق ، ثم فرض الطلاق .

---

(١) في الأصل نفسه ، والمثبت من مختصر ابن أبي عصرون .
(٢) في الأصل : الزوج .
(٣) في الأصل : برضاه .
(٤) ما بين المعقفين به تعديل يسير لإقامة العبارة ، أما عبارة الأصل ، ففيها خللٌ على النحو الآتي : « وهـٰذا والمفروض على الأجنبي ، فإنه لم يلزم الزوجِ شيئاً » .

فصل

٨٤٧٩ـ قال الأئمة : ما ذكرناه [قولنا][١] في التفويض الصحيح ، وقد تقدم تصويره ، والحكمُ فيه علىٰ وجه لم يدخل في إمكاننا أشفُّ[٢] وأفضل منه ، وهٰذا الفصل معقود في التفويض الفاسد .

وفساد التفويض في الغالب/ يصدر ممن لا يملك التفويض ، فإذا كانت المرأة سفيهة ، فرضيت أن تزوَّج بلا مهر ، فلا حكم للرضا بترك المهر ؛ فإذا زوّجها وليّها بغير مهر كان كما لو ابتدأ تزويج ابنته بغير مهر ، فإذا جرىٰ ذلك ، ففي انعقاد النكاح القولان السابقان . ١٥٢ ش

ومما يجب التنبه له في هٰذا المقام أنها لو أذنت في أن تُزوَّج بلا مهر ، وكان النكاح يتوقف علىٰ إذنها ، فإذا زوّجها الوليّ بالمهر ، وظن الفقيه أن النكاح لم يقع علىٰ حسب الإذن ، فيجب أن لا ينعقد ، فقال[٣] : يظهر تنزيل هٰذا منزلة ما لو أذنت في أن تزوج بألف ، فزُوِّجت بألفين . ولو جرىٰ ذلك ، لانعقد النكاح ، وثبت المسمىٰ ، فيحمل علىٰ رضاها ، فنزل المهر علىٰ طلب النكاح كيف كان .

وإن هي صرحت باشتراط نفي المهر ، وذكرت ما يتضمن خروج النكاح عن موجب إذنها لو زُوِّجت بالمهر ، فهٰذا بمثابة ما لو قال المالك : « بع عبدي هٰذا بألف ولا تبعه بأكثر منه ، فتخالف إذني » . وقد ذكرنا في كتاب الوكالة ، فأوضحنا تردد الأصحاب فيه .

وإذا قال : « هب هٰذا العبد من فلان » فباعه منه ، لم يجز ؛ لأنه انتقال من صنف من العقود إلىٰ صنف ، والنكاح بالمهر والعَرِيُّ منه عن المهر صنفٌ واحد ، فكان مشبهاً بما ذكرناه في البيع بأكثر من المقدار الذي سماه الموكِّل .

---

(١) في الأصل : قول .
(٢) أشف : أي أفضل ، وأوفىٰ ، وأتم (المصباح ، والمعجم) .
(٣) (فقال) أي الفقيه .

ومما ذكره **الأئمة** أن المرأة المطْلَقَة[١] في مالها ، المالكة للتبرع به ، لو قالت لوليها : « زوّجني بما شئت ، أو بما أراد الخاطب » ، فإن جرى العقد علىٰ هـٰذه الصيغة ، فقال الولي : زوجتُ فُلانة منك أيها الخاطب بما شئت ، فهـٰذا معقود بمهر مجهول ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، ولو وقف الولي على المبلغ الذي شاءه الخاطب ، ثم أنشأ العقد به ، فيجب القطع بصحة التسمية . وذُكر عن **القاضي** أن هـٰذا مجهول . وتعلّق بأن لفظ الإذن علىٰ صيغة الجهالة .

وهـٰذا وهم عظيم ؛ فإنها فوّضت إلى الولي أن يعقد بما يقدره الخاطب ، و[ليس][٢] من غرضها أن [تُعاد][٣] صيغة لفظها في العقد ، فسبيل التفصيل إذاً ما ذكرناه .

وقد يتجه أن يقال بعد فهم ما ذكرناه من كلامها : إذا عقد النكاح وأعيدت صيغة لفظها ، فقال الولي : « زوجتكها بما شئت » ، فالنكاح مختلٌّ ؛ لأن الولي خالف موجب إذنها ، فكان كما لو قالت : « زوجني » فزوجها بأقل من مهر مثلها .

ي ١٥٣ فلو قالت : « زوجني » فزوجها بخمر ؛ فالواجب مهر المثل لو قدر انعقاد/ النكاح [ولكان][٤] ما جاء به [موجَبَ][٥] الإذن المحمول على العرف ، فليتأمل الناظر ذلك . ولا ينبغي أن نسرف في [الفرض][٦] أيضاً . وإذا اتضحت الأصول ، لم يخف على الفقيه مُدرك المقصود منها .

ثم قال **الأئمة** : إذا انعقد النكاح بمهر المثل عند اتفاق تسمية فاسدة ، فإذا طُلِّقت قبل المسيس ، تشطّر مهر المثل كما يتشطّر المسمى الصحيح ، خلافاً **لأبي حنيفة**[٧] ،

---

(١) المطلقة : أي غير المحجور عليها .
(٢) زيادة لاستقامة العبارة وصحتها ، علىٰ ضوء السياق والسباق .
(٣) في الأصل : تغادر .
(٤) في الأصل : ولـٰكن .
(٥) في الأصل : لموجب .
(٦) في الأصل : الطرف .
(٧) ر . حاشية ابن عابدين : ٢/ ٣٣٥ .

وإذا جرىٰ في [نكاح][1] التفويض فرضٌ ، ثم طلقت قبل المسيس ، تشطر المفروض ، وخالف **أبو حنيفة**[2] في ذلك أيضاً ، واجترأ علىٰ ظاهر النص في قوله تعالىٰ : ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] وقد ذكرنا إطباق المفسرين علىٰ حمل هٰذه الآي على المفوضة . وإذا خلا نكاح التفويض عن الفرض ، ثم فُرض الطلاق قبل المسيس ، فلا يثبت ـ وإن فرعنا علىٰ أن المهر يثبت بالنكاح مع اشتماله على التفويض ـ مما ذكره **شيخنا أبو محمد** غير ملحَق بالمذهب ، كما تقدم شرحه ، والله أعلم .

* * *

---

(١) في الأصل : النكاح .

(٢) ر . حاشية ابن عابدين (الموضع السابق) .

باب
تفسير مهر المثل

٨٤٨٠ـ مهر المثل يكثر تَدْوَارُه في الكلام ، فيجب في النكاح الصحيح عند فساد التسمية ، وقد يجب في نكاح التفويض ، ويجب في وطء الشبهة ، وقد يجب في بدل الخلع ، وتمس الحاجة إلىٰ معرفته في توزيع المسمىٰ علىٰ مهور الأمثال إذا نكح الرجل نسوة في عُقدة ، وفرّعنا علىٰ تصحيح الصداق ، وتمس الحاجة فيه إذا كان الصداق شقصاً مشفوعاً ؛ فإن الشفيع يأخذ شقصاً من مهر المثل ، وهـٰذا الباب معقود في بيان مهر المثل ، والطرق التي توصل إلىٰ معرفتها .

٨٤٨١ـ ونحن نقول على الجملة : مهر المثل قيمة البضع ، والسبيل فيه كالسبيل في قيم المتقوّمات ، ثم إذا أشبهت قيمة الثوب ، فالوجه اعتبار ذلك الثوب بأمثاله ، والنظر إلىٰ ما عهدت أمثال هـٰذا الثوب رائجة به ، وذلك يختلف بكثرة الرغبات وقلتها ، فهـٰذا مسلك مهر المثل .

وخاصية الباب الإحاطه بأمثال التي نريد أن نعرف مهرها . فقال **الأصحاب** : يعتبر مهر المرأة بنساء العصبات .

والقول الضابط فيه : أنا نعتبر النسوة اللاتي ترجع أنسابهن إلىٰ من يرجع نسب المستحقة إليه ، وبيان ذلك بالمثال : أنا نعتبر الأخوات من الأب والأم لانتسابهن إلىٰ من تنسب هـٰذه إليه ، وكذلك تعتبر العمات ؛ فإنهن منتسبات إلى الجد ، وهو علىٰ عمود النسب . وتعتبر بنات الإخوة من الأب وبنات الأعمام ، ولا تعتبر بنات الأخوات ؛ فإنهن/ لا ينسبن إلىٰ أمهاتهن ، وإنما ينسبن إلىٰ أزواج الأخوات ، ولا يعتبر مهر المرأة بمهور البنات والأمهات ؛ فإنهن لا ينسبن إلىٰ من تنسب هـٰذه المرأة إليه ، ولذلك لا تعتبر الأخوات من الأم وبناتهن والأخوال والخالات وبناتهم لما ذكرناه . ش١٥٣

٨٤٨٢ـ فإذا لاحت النسوة المعتبرات والخارجات عن الاعتبار ؛ فالطَّلِبة وراء ذلك بتعليل هـٰذا ، فنقول : الصفة الغالبة في العرف الجاري في مقدار المهر النسبُ ، فإن المنتسبات إلىٰ شجرة واحدة يجرين علىٰ مقدار من المهر ، وإن فرض النقص منه عُدّ حطيطةً ووكيسة ، والأبضاع لا تتقوم تقوم الأموال ، وإنما يُرجع فيها إلىٰ أمثال هـٰذه الخصال التي ذكرناها .

ثم قال **الأئمة** : إن كانت هـٰذه المرأة التي تبغي مقدار مهرها مساوية لنساء العصبات فذاك ، وإن كانت مخالفة لهن في بعض الخصال الحميدة أو الذميمة ، فقد يزيد وينقص علىٰ ما تقتضيه الصفات ، فلو اختصت بصراحةٍ في النسب ، وصباحة في الوجه ، وسلامة في الخَلْق ، وعفة [ويسارٍ][1] ، ومزية في العقل ، ومَسْحةٍ من الجمال ظاهرةٍ ، فيزاد لها بهـٰذه الصفات ، فكأن القطب الذي عليه المدار النسبُ ، ثم الاقتصار عليه .

ومن لطيف القول في هـٰذا أن الجمال غير معتبر في الكفاءة ، والنسب مرعي فيه ، وهو الأصل ، والجمال مرعي في مهر **المثل** باتفاق **الأصحاب** ؛ وذلك لأنا وإن اعتبرنا النسب في الباب ، فطلب مهر **المثل** طلب قيمة ، والقيم ترتبط بالرغبات ، والرغبات تتفاوت بهـٰذه الصفات ، والكفاءة ليست من هـٰذا القبيل ، والمجتنب ثَمَّ العارُ ، كما بينا قاعدة الكفاءة ، فإذا لم يكن ضرار ولا عار ، فالكفاءة كافية ، وهـٰذا مبني على الرغبات .

وقطع **أئمتنا** باعتبار اليسار في مهر **المثل** ، وإن لم يكن اليسار صفتَها ، ولا حق للزوج في مالها ، ولـٰكن يسارها يستجر الرغبات إليها ، وقد ذكرنا أن التعويل في قيم المتقومات على الرغبات .

٨٤٨٣ـ ثم مهر المثل حيث ثبت ويُقضىٰ به يكون من النقد الغالب ؛ فإنه قيمة ،

---

(١) في الأصل : « وسياد » والمثبت تقدير منا ، أكدته عبارة العز بن عبد السلام في مختصره . (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج٣ لوحة رقم : ٩٩ يمين) . والمعنىٰ أن يسار المرأة وغناها له نوعُ تأثير في قيمة مهرها ، وإن لم يكن للزوج أي حق في مال زوجته .

والقيم تناط بالنقد الغالب ، ولو فرض نقدان عامان ، فلا يختلف التقويم بهما ، وليس هٰذا كتقويمنا عروض التجارة ؛ فإن الغرض قد يختلف بسبب انتقاص النصاب ، وهٰذا لا يعقل في المتقومات .

ولو سامحت واحدة من نساء العشيرة بحيث تعد بذلك [نَدْرة](١) محمولة علىٰ مسامحة ، فلا اعتبار بها في حق هٰذه [التي](٢) تطلب كمال مهر مثلها ، وإن عمّ ذلك في نساء العشيرة بعد أن لم يكن ، حُمل هٰذا على انحطاط [السعر](٣) ، واستبان انتقاص الرغبات فيهن ، فكانت المعتبرة محمولةً علىٰ هٰذا التخفيف .

ي ١٥٤ ولكل/ صورة من الصور التي نذكرها نظير في القيم لا يخفىٰ مُدركه . ولو جرت عادتهن من المهر ولٰكن كن يؤجّلنه فإثبات مهر المثل مؤجلاً محال ؛ فإنه قيمة في مقابلة إتلاف أو فيما يحل محل الإتلاف ، والقيم لا تتأجل ، ولٰكن إذا كان مهر العشيرة ألفاً مؤجلاً إلىٰ سنة ، فيثبت حالاً ما يساوي ألفاً مؤجلاً ، فيُحَطّ من المقدار ، ويُقضىٰ بالحلول . ولو قالت : أوجبوا الجميع وأنا أمهله ، لم يلتفت إليها ؛ فإن الأجل إذا كان لا يلزم ، فلا حكم لوعدها .

٨٤٨٤ـ ومما ذكره **الأئمة** : أنه لو جرت عادة العشيرة بحط شيء من المهر إذا كان الخاطب منهم ، وطلب مزيد إذا كان الخاطب أجنبياً ، قالوا : إذا كان المطالَب واحداً من العشيرة ، فيعتبر في حقه تلك الحطيطة ، وكان **شيخي أبو محمد** يأبىٰ هٰذا ويقطع بخلافه ؛ فإن قيم المتلفات لا تختلف باختلاف المُتْلِفين .

وفي هٰذا فضل نظر عندنا ، فيجوز أن يقال : إن كنا نعتبر مهراً في نكاح ، فتلك الحطيطة مرعية ، فإن مسامحة العشيرة سببها طلب التداني في التواصل ، وذلك في حكم العرف الغالب يستحث على الحطّ .

---

(١) في الأصل : بدرة . وعبارة (صفوة المذهب) : « ولو سامحت واحدة من العشيرة ، فتلك نادرة ومسامحة لا اعتبار بها » .
(٢) في الأصل : الذي .
(٣) في الأصل : السفر .

وأما إذا جرىٰ وطء بشبهة ؛ فيجب أن لا [يفرق][(١)] بين القريب والبعيد ، فإن الحطيطة التي ذكرناها تُحْتَمَلُ في النكاح رغبةً في المواصلة مع تداني القرابة .

والذي عليه الفقه في الباب أن لا نقطع نظره عن قصد المواصلات ، ولا نظر إلى الأبعاض تتمحض أموالاً .

وعندنا أنا أوضحنا قاعدة الباب ولم نُبق كلاً على الطالب .

ولو أُحوجنا إلىٰ معرفة مهر امرأة لا نعرف لها عشيرة ، فليس إلا رد النظر إلى الرغبة المحضة في أمثالها علىٰ ما هي عليها ، وإنما لم نقتصر علىٰ هـٰذا في [النسيبة][(٢)] ؛ لأن الخاطب قد يجهل نسبها ، فنذكرها له ، وما ذكرناه جار ، فالرجوع إلى الرغبة في النسيبة وغير النسيبة ، وإنما خُص هـٰذا الباب بالعقد لبُعْد الأبضاع عن المالية المحضة ، مع أنها منزّلة علىٰ قيم الأموال ، غير أنها [تمتاز][(٣)] عن الأموال بالصفات المرعية فيها اللائقة بها ، فالأموال قد تختلف أسباب الرغبات فيها ، وإن شملتها المالية ، والله أعلم .

* * *

---

(١) في الأصل : يجب .
(٢) في الأصل : النسبة .
(٣) في الأصل : تنحاز .

باب
الاختلاف في المهر

إذا اختلف الزوجان في المقدار المسمىٰ في النكاح ، فقال الزوج : « نكحتك بألف » فقالت : بل بألفين ، أو اختلف في جنس الصداق ، أو في صفته ، كما صورنا ذلك في اختلاف المتبايعين ، فالزوجان يتحالفان ، ثم تحالفهما لا يفضي إلى انفساخ النكاح ، ولـٰكن التسمية ترتد وتزول ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ فإنه إذا عسر المسمىٰ بسبب جهالةٍ ، فلا وجه إلا الرجوع/ إلىٰ مهر المثل ، والجهالة متحققة ثابتة بالتحالف . ش ١٥٤

ثم الذي ذهب إليه **الأصحاب** بأجمعهم : أنا لا ننظر إلى المقدار الذي ادعته منسوباً إلىٰ مهر المثل ، ولا نفرق بين أن يكون مثلَه أو أقلَّ [أو][1] أكثر .

وحكىٰ **العراقيون** بعد اختيارهم ما ذكرناه وجهاً بعيداً عن **ابن خَيْران** ، أنه كان يقول : إن كان ما ادعته أقلَّ من مهر المثل ، فليس لها إلا ما ادعته ، مثل أن يقول الزوج : « نكحتك بخمسمائة » ، وتقول الزوجة : « بل نكحتني بألف » ، وكان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة ؛ فالذي ذهب إليه **الأصحاب** : أنا نوجب لها ألفاً وخمسمائة ، وقال **ابن خَيْران** : ليس [لها][2] إلا الألفُ ؛ فإنها لم تدّع أكثر منه .

وهـٰذا ضعيف مزيف ؛ فإنها ادعت الألف عن جهة التسمية ، وقد حكمنا بانقطاع التسمية ، ورددناها إلىٰ مهر المثل عن جهة أخرىٰ ، لم تدع منها شيئاً ، ثم يقال له : إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ، فادعى البائع أكثر مما اعترف به المشتري ، ولـٰكن كان ما ادعاه البائع أقل من قيمة المبيع ، فماذا تقول ؟ فإن قال : يرجع البائع إلىٰ قيمة المبيع التالف في يد المشتري ، فكيف يفرق بين هـٰذا وبين ما ذكره في المهر ؟ وإن طرد خلافه في مسألة البيع ، كان علىٰ نهاية البعد .

---

(١) في الأصل : إذا كثر .
(٢) ساقطة من الأصل .

ثم قال ابن خَيْران : إذا أصدق امرأته ألفاً ، ولم يختلفا فيه ، ولـٰكن فسد الصداق بشرطٍ ، ولزم الرجوعُ إلىٰ مهر المثل ، وكان الألف أقلَّ من مهر المثل ، فليس لها إلا الألف من جهة رضاها به ، كما ذكره في التحالف ، وهـٰذا قول فاسد ، لم يرتضه أحد من **الأصحاب** .

ولو فرض الاختلاف بين الزوجين بعد ارتفاع النكاح ، فهو كما لو فرض في حالة قيام النكاح إذا كان التداعي بالمهر قائماً ، وبيان ذلك : أنه إذا طلقها بعد المسيس ، وما كان أقبضها المهر ، فاختلفا بعد البينونة ؛ يتحالفان ، والرجوعُ إلىٰ مهر المثل . وإذا كان الطلاق قبل المسيس فيتحالفان ، والرجوع إلىٰ نصف مهر المثل .

٨٤٨٥ـ وذكر **الأصحاب** صورة في الاختلاف ، نحكيها ونذكر [ما][(1)] فيها ، فإذا ادعت المرأة أن الزوج أصدقها ألفَ درهم ، وقال الزوج : جرى النكاح خالياً عن ذكر المهر ، ولم يدّع التفويض ، وقد ذكرنا في صورة التفويض ، وبيان ما ليس منها أن المرأة إذا لم تصرح بالرضا بترك المهر ، واتفق جريان العقد من الولي خالياً عن ذكر المهر ؛ فالرجوع إلىٰ مهر المثل .

فإذا تبين هـٰذا ، فكأن الزوج ادعىٰ مهر المثل ، وادعت المرأة ألفاً من جهة التسمية ، وإنما يحسن وقع هـٰذه المسألة إذا كان الألف أكثرَ من مهر المثل . قال **القاضي** : يتحالفان ، وينزل هـٰذا منزلةَ ما لو ادعت المرأة ألفاً ، وادعى الزوج/ ثمانمائة من جهة التسمية . ١٥٥ ي

وهـٰذه المسألة محتملة ، تردد فيها **المحققون** . ووجه الاحتمال فيها يظهر بالتوجيه . أما وجه ما ذكره **القاضي** ، فبيّنٌ ؛ فإن الزوج ادعىٰ صيغةً في العقد متضمنها إثباتُ مهر المثل ، وهو دون ما ادعت المرأة ، هـٰذا وجه . ويجوز أن يقال : هـٰذا اختلافٌ راجع إلى النفي والإثبات ، فالمرأة ادعت التسمية ، والزوج أباها أصلاً ، فيتجه أن نقول : القول قول النافي مع يمينه ، فإذا ثبت النفي ، ولم تحلف الزوجة ، رجعنا إلىٰ مهر المثل . وفائدة هـٰذا ألا يجري التحالف من الجانبين .

---

(١) في الأصل : « ونذكره فيها » .

٨٤٨٦ـ ثم قال **الشافعي** في تحالف الزوجين : « أبدأ في الزوج بالتحليف ، وقال في البيع : أبدأ بجانب البائع » ، والزوجُ في مقام المشتري ؛ فالنصان مختلفان ، والتصرف فيهما نقلاً وتخريجاً وفرقاً جرىٰ مستقصىً في باب التحالف من كتاب البيع .

٨٤٨٦/ م ـ ولو اختلف الزوجان بعد انفساخ النكاح بسبب يقتضي ارتداد جملة الصداق ، فلا يتصور التحالف ؛ فإن فائدة التحالف التنازع في مقدارٍ من المهر ، وقد ارتد كله ، وهـٰذا إذا تفاسخا ، وما كان أقبضها الزوج الصداق .

فلو تنازعا في المقدار ، فقال الزوج : « أصدقتك ألفين ، وسقتهما إليك ، فردَدتِ ألفاً لمّا انفسخ النكاح قبل المسيس » . وقالت المرأة : « ما أصدقتني إلا ألفاً ، فقبضتُه ، ورددتُه » ، فهـٰذا ليس من الاختلاف الذي نحن فيه ؛ فإن الاختلاف بين الزوجين إنما يفضي إلى التحالف إذا كنا نرجع إلىٰ مهر المثل ، ونترك التسمية ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في هـٰذه المسألة ، وقد سبق انفساخ النكاح . وحاصل قول الزوج يرجع إلىٰ إقباضها ألفين ، وهي تنكره ، فالقول قولها . ولو كان الاختلاف علىٰ هـٰذا الوجه مذكوراً في النكاح ، لما كان اختلافاً يوجب التحالف ، فإن الزوج ادّعىٰ إلزام أكثر مما تدعيه المرأة .

هـٰذا بيان القول في التحالف .

فَصْلٌ

قال : « وهكذا الزوج وأبو الصبية البكر . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٤٨٧ـ ذكر **الشافعي** اختلاف الزوجين وتحالفهما ، ثم عطف عليه اختلاف الزوج مع أبي الصبية ، فاقتضىٰ ترتيبُ الكلام تنزيلَ الأب مع الزوج منزلةَ الزوجة مع الزوج في التحالف ، وموجبَ ذلك تحليفُ الأب ، فنذكر ترتيب المذهب وطريق **الأصحاب** ، ثم نرجع إلىٰ [**السواد**][٢] .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٣١ .

(٢) في الأصل : « الشواذ » . والسواد ـ كما قلناه مراراً ـ هو مختصر المزني .

٨٤٨٨ـ فمن **أصحابنا** من ذكر وجهين في أن الأب هل يحلف عن طفله المولّىٰ عليه فيما يتعلق بتصرف الولاية ؟

ثم حاصل ما ذكره **الأئمة** ينحصر في مسلكين : **أحدهما** ـ طرْد الوجهين في كل ما يتعلق بحظ الطفل ، ويندرج تحت ولاية الولي ، من غير فرق بين أن/ تكون الخصومة متعلقة بتصرف أنشأه الولي ، وبين ألاّ تكون كذلك . ١٥٥ ش

وبيان القسمين : أن من أتلف مالاً من أموال الطفل ، ثم أنكر ، فللولي أن يحلّفه إن لم يجد بيِّنةً ، فإن نكل عن اليمين ، ففي رد اليمين على الأب وجهان . وكذلك القول في كل ما يضاهي ذلك .

وسبب طَرْد الخلاف يتبين بالتوجيه ، فمن أبىٰ ذلك ، احتج بأن الأيمان لا يتطرق إليها إمكان النيابة ، وسبب ذلك أن الحالف متعرض [للحِنث][1] والمأثم لو كذب ، ولا يليق بمناصب النيابة قيامُ الغير مقام الغير في التعرض للحرج ، بل حكمة الشرع في اختصاص صاحب الواقعة بهـٰذا المأثم . وهـٰذا في مسلكه يضاهي العبادات البدنية ؛ فإنها امتحان الأبدان بالمشاق ، حتىٰ تتهذب وتتعرض لثوابها ، ولهـٰذا لم يُحلَّف الوكيل بالخصومة ، وإذا انتهت الخصومة [إلىٰ توجيه اليمين عليه][2] رُد الأمر إلىٰ تحليف الموكِّل .

ومن جوّز للأب أن يحلف ، احتج بأنه في تصرفه مستبدٌّ غيرُ مستناب ، فهو في حكم المالك المتصرف في حكم نفسه . وهـٰذا فيه بعد ؛ فإن الأب مستناب شرعاً ، وإن كانت استنابته لا تتعلق بإذنٍ من آذن ، وإذا كان يتصرف لغيره ، فقد اتجه الفقه الذي ذكرناه في منع الحلف .

التفريع على الوجهين :

٨٤٨٩ـ إن حكمنا بأن الأب لا يحلف ـ وهو القياس ـ فالوجه : وقف الخصومة إلىٰ أن يبلغ الصبي ، فيتعرضَ لليمين حينئذ ، وكان **شيخي** يقول علىٰ هـٰذا : لا معنىٰ

(١) في الأصل : الحلف .
(٢) ساقط من الأصل .

لعرض اليمين على الخصم ؛ فإن منتهى الخصومة قد يفضي إلىٰ نكوله ، ثم لا يُقضَىٰ بنكوله . وذهب كثير من **أئمتنا** إلىٰ أنه يحلّف الخصم ؛ فإنه إذا رغب في اليمين ، فلا امتناع في القضاء بيمينِ مَنْ خصمُه طفل ، وإنما الامتناع في تحليفِ أو في إنابةِ غيره منابه ، وهـٰذا هو الذي لا يجوز غيره .

فإن حلف ، فذاك ، وإن نكل عن اليمين ، توقفنا حينئذ .

وإن قلنا : يحلف الأب ، فإن نكل الخصم ، رددنا اليمين على الأب ، فإن حلف ، ثبت حق الطفل ، وإن نكل ، ففي المسألة **وجهان** : **أصحهما** ـ أنا نقف الأمر إلىٰ أن يبلغ الصبي ، ولعله يحلف ، ثم إن حلف استحق .

ومنهم من قال : تنفصل الخصومة بنكول الأب عن يمين الرد ؛ فإنا لم نقمه في مقام الحالفين إلا علىٰ تقدير تنزيله منزلةَ من هو صاحب الواقعة ، حتىٰ كأنه المالك ، وإليه الانتهاء ، ولهـٰذا نظير من طريق اللفظ ، وهو أن الوارث إذا لم يحلف مع الشاهد الواحد في ادعاء دَيْنٍ أو عينٍ للمتوفىٰ ، فلو كان للميت غريم ، فأراد أن يحلف إذا نكل الوارث ؛ ففيه قولان ، وترتيبٌ سيأتي مستقصىٰ في كتاب القسامة ، إن شاء الله عز وجل .

ي ١٥٦ / ولـٰكن ليس ما نحن فيه مثلَ ما أردناه ؛ فإن الوارث مالك التركة على الحقيقة ، فلا يمتنع أن يؤثر نكولُه ، والغريم له حق التعلّق بالتركة لو ثبتت ، وفي مسألتنا الملك على الحقيقة للطفل .

فإن قيل : كيف يجري تحليف الأب لطفله ، وشهادته له مردودة ؟ قلنا : اليمين لا تؤخذ من مأخذ الشهادة ؛ فإن الإنسان لا يشهد لنفسه ، ويحلف فيما يتعلق به جلْباً ودفعاً ، وهـٰذا كله بيان طريقة واحدة .

٨٤٩٠ـ ومن **أصحابنا** من قال : [إن كانت][1] الخصومة متعلقةً بشيء ما أنشأه[2] الوليُّ ، فلا يحلف فيه الولي أصلاً ، وإن تعلق بما أنشأه الولي ، ففي تحليفه وجهان .

---

(١) ما بين المعقفين مكان بياضٍ بالأصل .

(٢) ما أنشأه : نؤكد أن (ما) هنا نافية .

وهـٰذا بمثابة ما لو باع الولي مال الطفل ، أو زوّج الصغيرة ، ثم وقع النزاع في صفة العقد ، فيجري الخلاف في ذلك ؛ فإن العقد وإن كان متعلقاً بحق الطفل ، فمتعلق الدعوىٰ من الأب أنه قيل له : « عقدت على الوجه المخصوص » وهـٰذا صادر منه ، فترتبط الخصومة [به][١] من هـٰذا الوجه ، فينفي أو يثبت ، ويتجه التحليف في هـٰذا المقام .

وقد ذهب كثير من **الأئمة** ـ **أئمة العراق** ـ إلى القطع بأنه يحلف ، ومجرى التحالف بينه وبين الخصم فيما يتعلق بإنشاء الولي ، ولم يذكروا في ذلك خلافاً ، ووجه الطريقة : أن الأب لو أقر بعقدٍ عقده في استمرار الولاية قُبِل إقرارُه ، وإذا كان مقبول الإقرار ، لم يبعد أن يُحلَّف ؛ فإن الحلف على الإنكار حريٌّ بالقبول ممن يُقبل منه الإقرار .

ثم هـٰؤلاء طردوا الطريقة في القيّم والوصيّ والوكيلِ بالعقد ، فإن كل واحد من هـٰؤلاء لو أقر بأنه أنشأ العقد قُبِل إقراره ، إذا كان إقراره في وقتٍ لو أنشأ ما أقرّ به ، نفذ . وقد ذكرنا أن الإنكار يعاقب الإقرار .

فإذا كان من أهل الإقرار ، وجب أن يكون إقراره ثابتاً ، حتىٰ يتعلق به ما يتعلق بالإنكار الصحيح .

والوكيل بالخصومة لا يحلف ؛ من جهة أنه لو حلف ، لكانت يمينه راجعة إلىٰ حق غيره ، وليس يُثبت أو ينفي شيئاً مضافاً إلىٰ إنشائه ، ولو تعلقت الدعوىٰ بالوكيل فيما هو مطالب به [بالعهدة][٢] ، فلا شك أنه يحلف ؛ من جهة أنه فيما يطالَب به مجيب عما يتعلق بخاصته .

فاعتماد هـٰؤلاء في هـٰذه الطريقة علىٰ ما ذكرناه من رجوع النزاع إلىٰ ما ينشئه الولي ، واعتماد الأولين في الطريقة الأولىٰ علىٰ ما يتعلق بتصرف الولي واستبداده . والطريقتان متباينتان .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : بالعمدة .

ش ١٥٦ **٨٤٩١ـ** وذكر [شيخي][(١)] أخرى/ ، وهي : أن الأبَ لايُحلّف [في شيء مما][(٢)] يتعلق بحق طفله ، ولا فرق بين ما ينشئه الأب وبين ما لا يتعلق بإنشائه .

وإنما تردد **الأصحاب** في تحليفه في النكاح خاصة ، واختلافهم مبنيٌّ علىٰ أنه هل يملك إسقاطَ **المهر** والعفو عنه ؟ فإن قلنا : إنه يملك العفوَ ، فاليمين معروضة عليه ، فإنه علىٰ رتبة المالكين ، و[إن][(٣)] لم ننفّذ عفوه ، فلا نحلفه ، هـٰذا بيان طرق **الأصحاب** .

٨٤٩٢ـ ثم إن قلنا : الأب لا يحلف فيما له الإنشاء فيه ، فيقف الأمر حتىٰ تبلغ الصبية ، ثم نُدير النزاع بينها وبين الزوج ، ونفرض الكلام في التنازع في مقدار **المهر** ، فإذا قال الزوج : « نكحتك بألف » والزوجة تزعم أن أباها زوّجها بألفين ، فالتحالف يجري الآن بين الزوج والزوجة ، ثم المرأة تحلف يميناً تشتمل على الجزم ونفي العلم ، إذا رأينا الاقتصار علىٰ يمين واحدة ـ كما ـ تقدم تفصيل ذلك في كتاب البيع ، فتحلف إذاً : « بالله لا تعلم أن أباها زوّجها بألف ، ولقد زوّجها بألفين » ، ثم يمين نفي العلم إنما تتوجه إذا ادّعى العلم عليها .

٨٤٩٢/ م ـ ولو مات الزوج والزوجة ، ووقع الاختلاف بين ورثة الزوجين بعد موتهما ، أو وقع الاختلاف بين ورثة أحدهما مع الآخر ، فالتحالف يجري على الصورة التي ذكرناها بين الزوج والزوجة ، فوارث الزوج يحلف : « لقد نكحها بألف ، ولا أعلم أنه نكحها بألفين » ، ووارث المرأة يحلف : « لقد نكحتْه بألفين ، ولا أعلمها رضيت بألف » ؛ فقد اشتمل حلف كل واحد منهما علىٰ إثبات أمر من الغير ، ونفي أمر منه .

والقاعدة التي إليها الرجوع في أمثال هـٰذا ـ وعليها تدور المسائل ـ أن كل يمين كان

---

(١) الزيادة من معنىٰ كلام ابن أبي عصرون .

(٢) في الأصل : « يحلف شيئاً فيما يتعلق. . . » والمثبت تصرف منا علىٰ ضوء المفهوم من عبارة ابن أبي عصرون .

(٣) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها .

مقصودها الإثبات فهي على البتّ ، سواء أثبت الحالف من نفسه أو أثبت من غيره ، واليمين على النفي [تتفرّع][١] فإن تضمنت نفيَ شيء من الحالف ، فهي على البت ، وإن تضمنت نفيَ أمر من الغير ، فهي على العلم .

والسبب الكلي فيه أن الإثبات لا يعسر الاطلاع عليه ، سواء كان من الحالف أو من غيره ، ولا يعسر الاطلاع على النفي الراجع على الحالف ؛ فإن الإنسان يعلم ما ينفي عنه كما يعلم ما يُثبت في حقه ، فأما النفي عن الغير ، فالاطلاع عليه بعيد ، والالتزام من غير ثَبَت لا وجه له .

وإذا حصلت اليمين علىٰ نفي العلم ، ووقع الاكتفاء [بها][٢] في قطع الخصومة ؛ فإنّ هـٰذا غاية الوسع والإمكان . [وللخصومات][٣] وقفات في بعض الأطراف دون اليقين المطلوب في غيرها ، ولـٰكن إذا اضطررنا ، اكتفينا/ باستفراغ الوسع . ١٥٧ ي

وعلىٰ هـٰذا لو ادعىٰ رجل ديناً على الميت ، والوارث ابنه ، فالقول قول الوارث ، يحلف علىٰ [نفي][٤] العلم : « لا يعلم أباه أتلف ما ادعاه ، أو استقرضَ » علىٰ حسب اتفاق الدعوىٰ في تعيين هـٰذه الجهات ، فيكتفىٰ منه بالحلف علىٰ نفي العلم . وإن نكل ردت اليمين على المدّعي ، يحلف على البت بأنه متلف .

ولست أضمن الآن تفصيل ذلك ، وتحصيلَ ما فيه ، فإنه من أقطاب الدعاوىٰ ، وسننتهي إليها فنشرحها ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قال قائل : كيف يتحالف ورثة الزوجين وقد انتهى النكاح نهايته ؟ قلنا : أثر التحالف يظهر في الصداق وما ينتهي نهايته ، فإنه في حكم عقدٍ منقطعٍ عن عقد النكاح ، وتتصور فيه الردود بجهاتها بعد الموت .

٨٤٩٣ـ فإذا نجز بيان المذهب ، عدنا بعد ذلك إلى الكلام على النص :

---

(١) في الأصل : تنفي .
(٢) في الأصل : « بهـٰذا » .
(٣) في الأصل : والخصومات .
(٤) ساقطة من الأصل .

ظاهر ما قاله الشافعي أن أب الصبية يحلف كما تحلف الزوجة إذا استقلّت ، والخلافُ مفروض في مقدار الصداق ، وذلك أنه ـ رضي الله عنه ـ ذكر اختلاف الزوجين وتحالفهما ، ثم قال : « وهكذا الزوج وأبو الصبية » ، فمن قال : نُحلّف الأبَ ؛ استمسك بظاهر النص . ومن قال : لا نحلّف ، قال : لم يعطف أبَ الصبية على الزوجة المستقلة لنحلفه ، وإنما عطف ليبين أن الاختلاف ممكن ، ويتعلق به إقامة البينة كما تُصوِّر ذلك في الزوجين .

فصل

قال : « فالقول قول المرأة ما قبضت مهرها . . . إلىٰ آخره »[1] .

٨٤٩٤ـ إذا اختلف الزوجان في أصل القبض ، فقال الزوج : « أقبضتكِ » وأنكرت المرأة ؛ فالقول قولها . فإن الأصل عدم القبض ، ودوام إشغال الذمة بالمهر ، فإن اتفقا على القبض ، واختلفا في صفته ؛ فقالت المرأة : « دفعتَ ما دفعتَ هديةً ومنحةً » . وقال الزوج : « بل سلّمتُه مهراً » ؛ فالقول قول الزوج مع يمينه .

وهـٰذا الأصل مطّرد في كل موضع يقع الاختلاف فيه في جهة القبض ، والرجوع فيه إلى الدافع ؛ إذ الغرض في ذلك يختلف بالقصد ، ولا اطلاع على القصد إلا من جهة القاصد ، وقد ذكرنا هـٰذا وما يتعلق به في المعاملات ، وأوضحنا مثل هـٰذا الاختلاف في دَيْنين ، وقد اتفق أداء شيء ، وثار النزاع في أنه مقبوض من أية جهة ؟ وبيّنا القولَ فيه إذا قال الدافع : لم أقصد شيئاً .

٨٤٩٥ـ ومما يتعلق بما نحن فيه الكلامُ في أن الأب هل يقبض مهر ابنته ؟ فنقول : إن كانت صغيرة ، قبض الأب مهرها ، فإنّ قبضَ المهر تصرّفٌ في مالٍ ، وهي مولّىً عليها/ من جهة أبيها ، فعلىٰ هـٰذا لو كانت الصغيرة ثيباً ، فالأب يقبض مهرها ؛ فإن الثيابة لا تؤثر في ولاية المال ، وإنما تؤثر في ولاية النكاح ، وقد ذكرنا أن الأب يزوّج ابنته البالغةَ البكرَ إجباراً ، فلو كانت سفيهة ، قبض مهرها أيضاً ، فإن الحجر مطرد مع السفه على المال .

ش ١٥٧

(١) ر . المختصر : ٤/٣١ .

فأما إذا كانت رشيدة ، فهل يقبض الأب مهرها ؟ فيه **طريقان** : من **أصحابنا** من قال : في المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يقبض مهرها ، كما يجبرها على النكاح ؛ فعلىٰ هـٰذا يكون الصداق مستثنًىٰ عن سائر أموالها ، لمكان اتصاله له بما هي مجبرة فيه .

والقول الثاني وهو الأصح ـ أنه لا يقبض مهرها لما أظهرناه من أن هـٰذا تصرفٌ في المال ، والأب لا يلي مال الرشيدة البالغة . وهـٰذان القولان بناهما **المحققون** على القولين في أن الأب هل يملك الإبراء عن صداق البكر البالغة ؟ وفيه اختلاف سيأتي مرتباً في بابٍ ، بعد هـٰذا ـ إن شاء الله عز وجل ـ ، فهـٰذه طريقة .

ومن **أصحابنا** من قال : لا يملك قبض صداقها وجهاً واحداً من غير إذنها ، كما لو كانت ثيّباً ، وهـٰذا هو القياس . ثم إن قلنا : لا بد من إذنها ، فلا يكفي العرْضُ عليها مع سكوتها ، ولا اكتفاء بصُماتها ، وإن قلنا : قد يكتفىٰ بصمات البكر إذا كان زوّجها من لا يجبرها ، كالأخ وغيره .

فصل

يجمع قواعدَ في تداعي الزوجين ، واختلافهما ، وعلى الناظر صرفُ الاهتمام إلىٰ دَرْكه .

٨٤٩٦ـ فنقول : أولاً ، إذا أحضرتْ رجلاً مجلس الحكم ، وادعت عليه ألف درهم من جهة الصداق ، فالقول قوله ؛ فيحلف لا يلزمه تسليمه إليها ، فإذا لم تعلّق المرأة دعواها قصداً على الزوجية ، وإنما تعرضت للصداق ، فليس على الزوج التعرض للزوجية ، ويقع الاكتفاء منه بنفي ما ادعته من المال . [ولا][1] يعرضُ القاضي للسؤال على الزوجية من غير أن تطلب المرأة ذلك ، فهـٰذا فضول منه ، وللزوج ألا [يجيبه][2] .

---

(١) في الأصل : « ويعرض القاضي » وهو عكس السياق . وصدقتنا (صفوة المذهب) .

(٢) في الأصل : يجيبها .

ولو سألت المرأة القاضيَ ، واستدعت منه أن يسأل الرجل عن النكاح ، حتىٰ إن اعترف هو به ، لزمه حكم النكاح ، وإن أنكر تعلَّق بإنكاره حكمُ إنكار النكاح ، فيجب على القاضي أن يبحث .

ثم قال قائلون : إن ادّعت الصداق ، وسألت القاضي أن يسأله عن النكاح ، سأله ، ولزمته إجابته . وقال طائفة من **المحققين** : لا يسأله ولا تلزمه الإجابة ـ إن سأله ـ حتىٰ تدعي الزوجةُ الزوجية . فإن ادعتها ، فحينئذ يراجع القاضي الزوجَ ، وإن لم تدع الزوجية ، لم يجب على القاضي أن يتعرض لها ، كما لو قال رجل/ ـ وقد رفع رجلاً إلىٰ مجلس الحكم ـ اسأله أيها القاضي ، هل لي عليه ألف ؟ فهـٰذا ليس بدعوىٰ ، ولا مبالاة به ، وإنما ذكرنا من وجوب مراجعتها ما ذكرناه لجزمها دعواها في الصداق ، ثم إذا جزمت دعوى الزوجية ، فقد ذكرنا تفصيل دعوى الزوجية في فروع **ابن الحداد** في آخر النكاح .

ي١٥٨

٨٤٩٧ـ وقد ذكر **القاضي** أموراً تتعلق بدعوى الزوجية ، نذكرها وننظر ما فيها : فإذا ادعت المرأة الزوجية ، فاعترف الزوج بها ، وأنكر المهر ؛ فقد قال : ثبت لها مهر المثل ، ولو أراد الزوج أن يحلف ، لم يكن له ذلك ، والحاكم يقول : لا فائدة لك في الحلف ، فإن النكاح العري عن المهر يثبت فيه مهر المثل .

وهـٰذا أمر ملتبسٌ لا بد فيه من التفصيل ، فنقول : إن قال الزوج جرى النكاح عرياً عن المهر ، ولم يدع تفويضاً محققاً علىٰ حكم التصريح بإسقاط المهر ؛ فموجب ما ذكره ثبوت مهر المثل . وإن نفى المهر ، ولم يصف العقد بالعرو عن ذكره ، ولـٰكن قال : لا مهر لها ؛ فالذي ذكره **القاضي** : أن قول الزوجة مقبول في دعوىٰ مهر المثل .

وهـٰذا مشكل جداً ؛ من قِبل أن النكاح يفرض عقده بأقلّ ما يتمول ، وليس شرط انعقاد النكاح أن يكون فيه مهرُ المثل ، فكيف الوجه في ذلك ؟ وما علة الحكم بثبوت مهر المثل ؟ فنقول : وجه ما ذكره : أن النكاح في نفسه ـ إذا لم يثبت فيه مسمىٰ صحيح ـ بمثابة الوطء المحرم ، فإن الوطء المحرم يتعلق به مهر المثل ، فصورة النكاح إذا لم يثبت فيه صداق مسمىٰ ، تتضمن مهر المثل ، والتسمية وإن كانت ممكنة فإذا لم تثبت ؛ فالمرأة مستمسكة بما أصله التزام مهر المثل . هـٰذا تعليل ما ذكره .

وتتمة الكلام فيه أن مهر المثل لا يثبت ما لم تحلف أنها لم ترض بأقل من مهر المثل ، ويكفيها أن يغلِّب جانبَها ويحلِّفَها ، فإنا إذا كنا لا نبعد جريان التسمية ، فلا سبيل إلىٰ إثبات مهر المثل بمجرد الاعتراف بالنكاح .

ووراء ما ذكرناه غائلة صعبة سنذكرها بعد نجاز المسائل المترتبة علىٰ هـٰذا النسق .

فلو حكمنا مثلاً بمهر المثل ، فقال الزوج : ما أصبتها ، وطلّقها ، فلها نصف مهر المثل ، فإن قيل : هلا حملتم الأمر على التفويض ، حتىٰ لا يجب لها شيء ؟ قلنا : التفويض أمر نادر ، فلا يحمل الصداق عليه ، وقد بيّنّا أن التفويض لا يثبت ما لم تصرح المرأة بالإسقاط والرضا وبنفي المهر .

٨٤٩٨ـ ولو ادعت امرأة علىٰ وارث الميت أن أباه نكحها ، وأقامت بينة على النكاح ، قال : يثبت لها مهر المثل إن ادعته ، وحلفت بأنها لم ترض بمسمّىً دون مهر المثل ، وإن لم تكن لها بينة على النكاح ، وكان الوارث صغيراً ، فنقف الخصومةَ إلىٰ أن يبلغ ، فإن بلغ/ وأقر بالنكاح ، عاد الأمر إلىٰ ما ذكرناه في المسألة الأولىٰ . وإن ادعى الوارث قدراً من الصداق دون مهر المثل ، فإن أقام بينة علىٰ ذلك المقدار ، لم يكن لها أكثرُ منه ، هـٰذا ما ذكره . ١٥٨ ش

٨٤٩٩ـ وقد حان أن ننبّه على الإشكال الذي أشرنا إليه فنقول : إذا ادعت امرأة زوجية علىٰ رجل ، فاعترف بها ، وسكت عن ذكر مقدار المهر ، أو قال : لست أدري كم أصدقتها ، وزعمت المرأة أنه أصدقها ألفَ درهم ، وهو مقدار مهر مثلها ؛ فالذي قطع به **الأصحاب** أولاً : أنها إذا ذكرت مقدار مهر مثلها ، وادعت أنه المسمىٰ ، وادعى الزوج مسمىٰ دون ذلك ، فإنهما يتحالفان ، كما قدمناه في صدر الباب .

وقال **أبو حنيفة** : القول قولها في مهر المثل ، فإن ادعت زيادة علىٰ مهر المثل ، فالقول قول الزوج في نفيها ، ولو ادعت المرأة زوجية [ومسمًّىٰ][1] مساوياً لمهر مثلها ، وأنكر الزوج التسمية أصلاً ، وذكر أن النكاح جرىٰ عرياً عن المهر ؛ فهو

---

(١) في الأصل : أو مسمًّىٰ . وقد جاءت (صفوة المذهب) بما أثبتناه .

معترِف بما ادعت ثبوتاً ، وإن أنكر التسمية ؛ فإن موجَبَ إطلاق العقد [من][1] غير تفويض ثبوتُ مهر المثل .

وإن ادعت المرأة ما ذكرناه ، فلم يعارضها الرجل بدعوىٰ تسميةٍ أخرىٰ ، ولـٰكنه قال : لست أدري ، أو توقف وصمت ؛ فظاهر ما ذكره **القاضي** : أن القول قولها مع يمينها ، لما ذكرناه من أن النكاح مطلقُه يُثبت مهر المثل ، وهـٰذا موضع الإشكال ، وهو على الحقيقة مصيرٌ إلىٰ مذهب **أبي حنيفة** في النظر إلىٰ مهر المثل . والذي يقتضيه قياس مذهبنا أن دعواها موجهةٌ بالمقدار الذي ادعته على الزوج ، فإن تردد لم تُمنع منه بتردده ؛ وحلّفناه ، فإن نكل عن اليمين المعروضة رددنا اليمين عليها ، فتحلف يمين الرد .

وإن كانت المسألة مفروضة في المرأة ووارث الزوج ، فالوارث لا يطالَب إلا باليمين علىٰ نفي العلم ، فإذا ادعت تسميةَ ألف ، وهو بمقدار مهر مثلها ، فأنكر الوارث العلم به ، وحلف علىٰ نفي العلم ؛ فمذهب **القاضي** ما ذكرناه ، وهو علىٰ قياس قولنا مشكلٌ . والذي يقتضيه القياس الحكمُ بانقطاع الخصومة ، والقدر الثابت علىٰ قطع : هو أقل ما يُتموّل ، وفيه من التردد ما أجريناه في مسائلَ جمّةٍ ، وهـٰذا منتهىٰ ما أوردناه في ذلك .

٨٥٠٠ـ ومما ذكره **القاضي** متصلاً : أن الرجل إذا أشار إلىٰ مولود ، وقال : هـٰذا ولدي ، ولم يقل هـٰذا ولدي من هـٰذه ، [فالتي][2] تزعم أنها والدته لا تستحق المهر بهـٰذا المقدار . وإن قال : هـٰذا ولدي منها ، قُضي لها بمهر المثل ، لأن النسب إنما يلحق في نكاح أو وطء شبهة ، وأيُّ ذلك كان وجب مهر المثل .

ي ١٥٩ وهـٰذا بناه علىٰ أن النكاح/ المطلق محمول على اقتضاء مهر المثل ، [وقد][3] ذكرنا ما فيه ؛ فإنَّ التسمية ممكنة دون مهر المثل ، وإنما يجري هـٰذا لو كان الزوجان

---

(١) سقطت من الأصل . وهو كما أثبتناه في (صفوة المذهب) .
(٢) في الأصل : فالذي .
(٣) في الأصل : فقد .

لا يتحالفان إذا ادَّعى الزوج تسمية ما هو أقل من مهر المثل .

ثم قال **القاضي** : لا يحمل استلحاق النسب على استدخالها ماء الزوج ؛ فإنَّ ذلك نادر ، والعلوق منه أندر منه ؛ فلا يحمل الأمر عليه . وقد انجلى الفصل مع التنبيه علىٰ كل مُشكل .

* * *

باب
الشرط في المهر

٨٥٠١ـ نقل **المزني** عن **الشافعي** مسألتين متشاكلتين في الصورة ، وأجاب فيهما بجوابين مختلفين ، ونحن ننقل لفظيهما . قال : قال **الشافعي** : « **وإذا عقدَ النكاحَ بألف علىٰ أن لأبيها ألفاً ، فالمهر فاسد ؛ لأن الألفَ ليس بمهرٍ [لها]**[١] **، ولا بحقٍّ له باشتراطه إياه .**

ولو نكحَ امرأةً علىٰ ألف ، وعلىٰ أن يُعطي أباها ألفاً ، كان جائزاً ، ولها منعه وأخذها[٢] **منه ، [لأنها هبةٌ لم تقبض ،]**[٣] **أو وكالة »**[٤]

هـٰذا لفظ **[السواد]**[٥] . وليس يخفىٰ تشاكل[٦] المسألتين في التصوير . وجوابه في الأُولىٰ : إنَّ المهرَ فاسدٌ . وجوابه في الثانية : إنَّ ذلك جائزٌ . وقد اختلف **أصحابنا** مذهباً ، فنذكر اضطرابَهم في المذهبِ أولاً ، ثم نرجع إلىٰ (**السواد**) .

فمن **أصحابِنا** من قال : إذا عقد النكاح بألف علىٰ أنَّ لأبيها ألفاً ، فالمهر فاسد ، كما نَصَّ عليه . والمسألة مفروضة فيه إذا كان عقدُ النكاح على اللفظ الذي صورناه .

ولو قال : نكحتُها علىٰ ألفٍ ، وعلىٰ أن أُعطي أباها ألفاً ، فالمهر فاسدٌ أيضاً ؛ إذ لا فرق أن يقول : علىٰ أنَّ لأبيها ألفاً ، وبين أن يقول : علىٰ أن أعطي أباها ألفاً .

---

(١) في الأصل : « له » . والتصويب من المختصر .
(٢) وأخذها : أي الألف .
(٣) في الأصل : لأنه لم يقبض .
(٤) ر . المختصر : ٤/٣٢ .
(٥) في الأصل : « الشواذ » . وهو تصحيف بالنقط . وتكرر هـٰذا اللفظ مراراً (بالسين المهملة ، والدال المهملة كذلك) وقلنا : إن معناه : مختصر المزني . فهـٰذا اسمه الذي يطلقه عليه الإمام ، وهو وارد في الاستعمال الفصيح بمعنى الأصل أو المتن ، ولـٰكنه غير منصوص في المعاجم .
(٦) تشاكل : أي تشابه .

فأما إذا قال : نكحتها علىٰ ألفين ، علىٰ أنْ أُعطي أباها ألفاً ، فهـٰذا فيه نظر ، فإنْ قال : ذلك بأمرها وإذنها ، فلا يبعدُ تصحيحُ المهرِ . فكأنه أصدقَها مِقْداراً صحيحاً ، وضم [إليه][1] التزام عملٍ لها ، قريب المأخذ[2] .

ثم هي ـ كما قال **الشافعي** ـ : واهبةٌ ، أو واعدة ، أو موكِّلة بالهبة ، والنظر في ذلك مجتمِع غيرُ منتشر .

ولو شرط الزوجُ عليها أن تهب من أبيها ألفاً ، فهـٰذا فاسد مفسد ؛ فإنه ملَّكها وحَجَر عليها . ثم ما ذكره هـٰذا القائل لا يختص بألف من ألفين يذكرهما ، بل لو أصدقها ألفاً علىٰ أن تسلمه إلىٰ أبيها على التأويل الذي ذكرناه ، فالجواب كما ذكرناه . هـٰذه طريقة .

ومن **أصحابنا** من قال : في المسألة **قولان** . وقد نقلهما **المزني** في مسألتين متشاكلتين ، بين لفظيهما أدنىٰ تفاوت ، وقد مضت صورةُ المسألتين . **فأحد القولين** : إنَّ المهرَ يفسدُ ، وتوجيهه بيِّنٌ ؛ فإنه شَرَطَ شيئاً في العِوض لغير المستحِق في العقد ، فكان كما لو اشترىٰ شيئاً وشَرَطَ شيئاً في معرض الثمن لغير البائع . **والقول الثاني** ـ وهو المنصوص عليه في **القديم** ـ إنَّ المهرَ يصحُّ ، وتستحق **المرأةُ** الألفين . وهـٰذا القائل/ يقول : ذَكَر الزوجُ الألفين في لفظين وأثبتهما لأجلها ، وكانا حقَّها ، وإن أضاف أحدَهما إلىٰ أبيها . وهـٰذا بعيد جداً لا اتجاه له في وجه من الرأي .

١٥٩ ش

٨٥٠٢ـ فإذا ثبت ترتيب المذهب ؛ فالذي ذكره **المزني** مشكلٌ في المسلكين . أما على الطريقة الأولىٰ ، فلا شك في اضطراب المسألة الثانية ؛ فإنه لم يقل فيها : أصدقتك ألفين ، بل أضاف إليها ألفاً ، وأضاف الألف الآخر إلىٰ أبيها . ولا فرق بين

---

(١) في الأصل : « السه » كذا بهـٰذا الرسم والنقط .

(٢) عبارة العز بن عبد السلام عن هـٰذه المسألة : « فإن قلنا بالطريقة الأولىٰ (يعني بطلان الصورتين الواردتين في مختصر المزني) فأصدقها ألفاً أو ألفين علىٰ أن يعطي أباها ألفاً بإذنها ، فلا يبعد التصحيح لأنه التزم المال والعمل الذي هو الدفع إلى الأب . (ر . الغاية في اختصار النهاية ج٣ لوحة رقم ١٠١ يمين) .

أن يضيفه بقوله : علىٰ أن أعطي أباها ألفاً ، [وبين قوله : علىٰ أن لأبيها ألفاً][١] .

والنصان أيضاً على الطريقة الثانية مضطربان ؛ فإنه لم ينبه فيهما على القولين ، وأعجب من ذلك كله أنه[٢] لم يتعرض للكلام على النصين ، ولو استرسل في الاعتراض بخيال يتخيله علىٰ بعد[٣] .

[وأما الطريقة الثالثة][٤] : طريقة القولين ، [فمسلك][٥] التصحيح علىٰ غاية البسط[٦] [؛ لأن][٧] الزوج لا يضيف إلىٰ أبيها ما يضيف إلاَّ تشبيهاً ، وهـٰذا يتضمن إثبات الألفين جميعاً لأجلها ، فكان هـٰذا بمثابة إضافة الألفين إليها . وهـٰذا القياس يقتضي أن نُجري القولين في البيع لو تصور بالصورة التي ذكرناها في النكاح .

وسمعت شيخي يحاول تقرير المسألتين ، ويتكلف الفرق بينهما ، ويقول : لفظ العقد في المسألة الأولىٰ : « أن يقول : نكحتها بألف علىٰ أنَّ لأبيها ألفاً » ، يتضمن[٨] تمليك الأب الألف في وضع العقد ؛ فكان ذلك فاسداً . وإذا قال : أصدقتكِ ألفاً علىٰ أن أُعطي أباكِ ألفاً ، فمن حمل الإعطاء على التسليم ، والملك في المعطَىٰ للمرأة ، فليس لفظ العقد تمليكَ الألف للأب .

وهـٰذا تكلف لا نتحصل منه علىٰ طائل ؛ فإنَّ الألف الثاني إذا لم يضف إليها ، فقد تخبط اللفظ فيه ، ثم « أُعطي »[٩] المقرون بـ « علىٰ » للتمليك ، وستأتي ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ مسائلُ الخلع شاهدة علىٰ ذلك .

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) أنه لم يتعرض للكلام على النصين : المراد المزني ؛ فإنه أورد النصين في المختصر ولم يتكلم عليهما .
(٣) هنا بياض بالأصل قدر أربع كلمات . ولذا لا نجد جواب (لو) في قوله : « ولو استرسل » .
(٤) ما بين المعقفين زيادة من المحقق علىٰ ضوء السياق ، ولا يستقيم الكلام بدونها .
(٥) في الأصل : فسلك .
(٦) غاية البسط : أي غاية الوضوح .
(٧) في الأصل : والآن .
(٨) في الأصل : ويتضمن . (بزيادة الواو) .
(٩) ثم أُعطي المقرون بعلىٰ : المعنىٰ أن لفظ أُعطي إذا اقترن بلفظ (علىٰ) كان مفيداً للتملك .

ولو قال : اشتريت منك هـٰذا العبد علىٰ أن أعطيكَ ألفاً ، كان ذلك بمثابة ما لو قال : اشتريت منك هـٰذا العبد بالألف .

فلا وجه عندنا إلا الجري على الطريقة الأولىٰ[1] ، وحمل الخلل على النقل ؛ فإنه علىٰ كل وجه مختل .

فصل

قال : « ولو أصدقها ألفاً علىٰ أنَّ لها أن تخرج ، أو علىٰ ألاَّ يخرجها من بلدها . . . إلىٰ آخره »[2] .

٨٥٠٣ـ قال **الأئمة** : الشرائطُ في النكاح **قسمان** : **شرطٌ يقتضيه مُطلقُ العقدِ** ، وذلك أن يتزوجَها علىٰ أن يُنفقَ عليها ، أو يَقْسمَ لها ، أو ما أشبهَ ذلك ، فالذي ذكره صحيح ، والشرطُ متضمّنُ العقد .

فأما إذا كان الشرطُ بحيث لا يقتضيه العقد ، فإنْ أثَّرَ في مقصودِ النكاحِ أثراً بيِّناً ، أفسد النكاح ، وذلك مثل أنْ [يؤقِّت][3] النكاح أو يشترطَ ألاَّ يطأها . وإن اشترط أن يطلقها ؛ فالمذهب : فساد النكاح ، لتأثير الشرط في مقصود العقد . وذكر بعضُ **أصحابنا** قولاً : أن الشرطَ يَفْسُد والنكاح يصح ، وهـٰذا غير مُعتدّ به .

/ فلو شرط شرطاً فاسداً لا يعظم أثرُه في مقصود النكاح ، مثل أن يشترط ألاَّ يتزوج ولا يتسرىٰ عليها ، وأنها تخرج من الدار متىٰ شاءت ، وأنه لا يطلقها ، فهـٰذه الشرائط تفيدها فوائدَ ، وهي فاسدة . ١٦٠ ي

وقد تكون الشرائطُ عليها ، مثل أن يشترطَ ألاَّ ينفق عليها ولا يَقْسم لها ، ويجمعَ بينها وبين ضرَّاتها في مسكن واحد .

فهـٰذه الشرائطُ لا تُفسد النكاح ، ولـٰكنها تُفسد الصداقَ ، فإنَّ الصداقَ يَفسُدُ بما

---

(١) الطريقة الأولىٰ : هي : البطلان في الصورتين اللتين حكاهما المزني .

(٢) ر . المختصر : ٤/ ٣٣ .

(٣) في الأصل : يرتب .

تفسد به أعواضُ العقودِ ؛ من جهةِ أنَّ العِوضَ إذا لم يتجرّد ، وانضمَّ إليه شرطٌ ، صار عوضاً وشيئاً مجهولاً ، ومساق ذلك يتضمن إفساد الصداق . ثم الفساد من جهةِ الجهالة يوجبُ الرجوعَ إلىٰ مهر المثل ، كما مهدناه .

٨٥٠٤ـ وقال **محمد بنُ الحسن** : إن زاد المسمىٰ علىٰ مهر المثل [وزادها][1] بالشرط ، لغا الشرطُ ، وصحت التسمية ، وإن نقص عن مهر المثل ، وكان الشرطُ ينقُصُها ؛ فيلغو الشرطُ وتصحُ التسمية أيضاً . وإن زاد في المهر ونقص في الشرط ، أو زاد في الشرط ونقص في المهر ، فسدت التسمية ؛ لأنه زاد في المهر زيادة هي في مقابلة الشرط ، فجَعَل الباقي مجهولاً ، وإذا نقص المهرُ وزاد في الشرط ، جعل الشرط في مقابلة ما نقص من المهر ، فصار المهرُ مجهولاً .

وهـٰذا الذي ذكره غيرُ بعيد عن مسلك الفقه ، وكنا نَوَدُّ لو كان مذهباً لبعض **الأصحاب** ، حتىٰ كنا نقول : الشرط الزائد مع المهر الزائد أو المنطبق علىٰ قدر مهر المثل ليس يعكس جهالةً على المهر ، ولـٰكن المعتمد عند **الأصحاب** أن المشروطَ فاسدٌ مضمومٌ إلى الصداق ، والعوض يفسد تارةً بما ينعكس عليه من الجهالة ، وتارةً باقترانه بفاسد .

وهـٰذا يتطرق إليه كلام ـ هو منتهى النظر في المسألة ، وهو : أنَّ ما ذكره **محمد** من أنَّ المهر الزائد أو المنطبق على القدر ، لا يصير مجهولاً بالشرط الزائد ، فلو كان صحيحاً ، لكان يجبُ أن يُقال : إنْ زاد المهرُ ونقصَ الشرط ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، وكذلك إن نقص المهرُ وزاد الشرط ، أو زادا ونقصا ، فسد المهرُ بالاقتران ، ولـٰكن لا يقطع القول بأن الرجوع إلىٰ مهر المثل . ويجوز أن يقال : [لو][2] أثبت العوض دراهم وشرطاً ، وذلك الشرطُ مجهولُ الأثر ، وهما جميعاً مهر ، فكان الرجوعُ إلىٰ مهر المثل لذلك .

فهـٰذا منتهى البحث ، وقد ناقض **محمد** ما قاله في الصداقِ في البيع ، فقال : لو باع ما يساوي ألفاً بألفين وزقٍّ خمر ، وقبض المبيع ، وتلف في يده ؛ فإنه يغرم القيمة ، وليس للبائعِ أن يقول : اطرحْ الزقَّ من ألفين ليصح العقدُ بالألفين .

---

(١) في الأصل : وزاها .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .

فَصْلٌ

قال : « ولو أصدقها داراً ، فاشترط له ، أو لها ، أو لهما الخيار . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٥٠٥ـ نصّ **الشافعي** هاهنا على/ أن شرطَ الخيارِ يُفسدُ الصداقَ ولا يُفسدُ النكاحَ . ١٦٠ ش
ونصَّ في **القديم** علىٰ أنَّ شرط الخيار في الصداق يُفسد النكاح .

فمن **أصحابنا** من حمل ما قاله في **القديم** علىٰ ما إذا شرط الخيار في النكاح نفسِه ، حتىٰ يثبت التخيير في رفعه علىٰ حكم الرؤية ، فأما إذا خصَّص الصداق بالخيار ، فلا يفسد النكاح ، قولاً واحداً .

ومن **أصحابنا** من قال : إذا خصّص الصداق بالخيار ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ إنه يبطلُ النكاحُ به ، كما لو شرط في النكاح . **والثاني** ـ لا يبطل ، كسائر الشروط الفاسدة في الصداق .

ثم إن قلنا : يبطل النكاحُ بشرط الخيار في الصداق ، اختلف **أصحابنا** ، فمنهم من عدّىٰ هـٰذا إلىٰ كل شرطٍ فاسدٍ في الصداق ، فطرد قولاً مثلَ مذهب **مالك**[٢] في النكاح يفسد بفساد الصداق ، ولا خلاف أن النكاح لا يفسد بالتعرية عن العوض ، ولا خلاف أن النكاح لا يرتد برد الصداقِ بالعيب .

ومن **أصحابنا** من خصَّص القولين بفساد الصداقِ بجهة الخيار ، وفرّق [بأن][٣] الخيار في [صيغته ،][٤] وإن خُصّ بالصداق يتضمن الارتباط بالعقد الذي الصداق عوضٌ فيه ، وشَرْطُ الخيار في أحد العوضين في البيع يتعدىٰ إلى العوض الثاني ، فإن كان الخيارُ في وضعه قابلاً للتخصيص ؛ إذ لو خصّ بأحد المتعاقدين ، لاختصّ به ، فمع هـٰذا لم يختص بأحد العوضين .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٣٣ .
(٢) ر . جواهر الإكليل : ١/ ٣٠٩ ، القوانين الفقهية : ٢٠٥ ، والإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف : ٢/ ٧١٤ مسألة ١٢٩٠ ، وفيه أن في المسألة روايتين .
(٣) في الأصل : بين .
(٤) في الأصل : صيغه .

٨٥٠٦ـ ووراء ما ذكرناه طريقة أخرىٰ مبنية مناسبة[١] ، ذكرها **الصيدلاني** في كتاب البيع، وهو أنَّ شرط الخيار صحيح [في الصداق، وفي خيار المجلس في ذلك قولان][٢] ووجه خروج ذلك على القياس أن الصداقَ يتطرقُ إليه الردود والنكاحُ قائم بحاله .

٨٥٠٧ـ فإذا تمهَّد ما ذكرناه انتظمَ بعد ذلك الترتيبُ ، فنقول[٣] : في صحة الخيار في الصداق **قولان** . ولا خلاف أنَّ الخيارَ في النكاحِ نفسِهِ يُفسده ، فإن صحَّحنا الخيارَ في الصداق ، فلا كلام ، وأثر الرد والإجازة يختص بالصداق .

وإن أفسدنا الخيارَ في الصداق ، فهل يفسد النكاحُ به ؟ فعلىٰ **قولين أصحهما** : إنه لا يفسد . وإن أفسدنا النكاح به ، فهل يفسد النكاحُ بسائر وجوه فساد الصداق سوى الخيار ؟ فعلىٰ وجهين .

٨٥٠٨ـ ثم قال **الشافعي** : « **ولو ضمن أبُ الزوجِ نفقتَهَا عشر سنين. . . إلىٰ آخره** »[٤] .

فرض **الشافعي** المسألة في ضمان الأب ، ولا اختصاص به ، فلو فُرِض الضمانُ علىٰ هـٰذا الوجه من أجنبي ، لكان كذلك .

وغرض المسألة أنَّ من ضمن النفقةَ في أيامٍ معدودة في الاستقبال وأعلَمَها ، فهـٰذا ضمان ما لم يجب بعدُ ووُجد سببُ وجوبه ، وفيه الخلاف المعروف ، والترتيب في **الجديد والقديم** ، وقد/ ذكرناه في أول كتاب الضمان ، وفي معناه إبراؤها عن نفقة أيام معدودة ، ولسنا لإعادةِ تلك الفصول ، وقد جرت علىٰ أكمل وجه في البيان في موضعها . ي ١٦١

* * *

(١) كذا . « ولعلها قياسية » .
(٢) عبارة الأصل : « في الصداق في ذلك ، وخيار المجلس في ذلك قولان » . ولا يخفىٰ ما فيها ، وطريقتنا في تصحيحها .
(٣) في الأصل : ونقول .
(٤) ر . المختصر : ٤/٣٣ .

باب
عفو المهر

٨٥٠٩ـ وقد تقدم أنَّ الزوجَ إذا طلق امرأتَه قبل المسيس ، وقد جرىٰ مُسمًّىٰ صحيح ، فإنه يتشطر . والمعتمد في ذلك قوله تعالىٰ : ﴿ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] . وقد تكلموا في قوله تعالىٰ : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ؛ فإنها استحقت الجميع بالعقد ، ثم عاد النصف بالطلاق ، قيل[١] : التقدير فنصف ما فرضتم لهن ، ثم إذا اختص الاستحقاقُ في جانبها بالنصف ، ارتدّ النصفُ الآخرُ إلى الزوج .

وقيل : المذكور النصف [لٰكن بغرض التثنية][٢] على النصفين ، والمعنىٰ : فنصف ما فرضتم لكم والنصف لهن .

٨٥١٠ـ ثم قال تعالىٰ : ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] أراد به الزوجاتِ يعفون عن المهر ، فيخلص الكل للأزواج ، ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] . وقد اختلف القولُ في الذي بيده عُقدة النكاح : فقال في **القديم** : هو الولي ، وبه قال **ابنُ عباس** ، ورجَّح **الشافعي** هٰذا القولَ في **القديم** من **أوجه** : **أحدها** ـ أنَّ قول **ابنِ عباس** مقدم [في][٣] التفسير ؛ لأنه ترجمان القرآن وقد قال صلى الله عليه وسلم وهو يمسحُ

---

(١) في الأصل : وقيل .

(٢) ما بين المعقفين محاولة لإقامة النص مع الاحتفاظ بأقرب صورة للكلمات الواردة في الأصل ، وعبارة الأصل هٰكذا : « وقيل المذكور النصف لو نعرض السه على النصفين » (انظر صورتها) هٰذا . وقد راجعت المسألة في الأم ، وأحكام القرآن للشافعي ، والشرح الكبير ، والروضة ومختصر العز بن عبد السلام ، فلم أجد ما يفيد في تصحيح العبارة . (والكتاب ماثل للطبع حصلنا علىٰ هٰذا الجزء من مختصر ابن أبي عصرون ، والحمد لله صدّق تقديرنا ، فقد وجدنا العبارة عنده كما تصوّرناها ، فلله الحمد والمنة) .

(٣) زيادة من المحقق .

رأسَهُ بيده ـ وكان إذ ذاكَ صبياً ـ : « **اللهم فقِّههُ في الدين ، وعَلِّمهُ التأويل** »[(١)] .

ومما ذَكَرهُ أنه تعالىٰ قال : ﴿ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ ﴾ فكان ذلك راجعاً إلىٰ عفو يخلص به الصداق للزوج ليكون المعفوّ واحداً ، وأيضاً فإنَّ قوله تعالىٰ : ﴿ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ فإنَّ[(٢)] ذِكْرَ الزوج جرىٰ علىٰ صيغةِ المخاطبة ، وقوله : ﴿ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ﴾ علىٰ صيغة المُغايبة ، ولا يحسن عطفُ المغيابة على المخاطبة في حق شخص واحد .

والقول الثاني ـ وهو المنصوص عليه في **الجديد** ـ إنَّ الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج ، وروىٰ **الشافعي** هـٰذا عن **علي** ، **وابنِ جريج**[(٣)] ، **وابنِ المسيب** ، وغيرهم . وأيضاً فإنَّ الله تعالىٰ ذَكَرَ خلوص الصداق له بعفوها ، ثم عطف هـٰذا عليه ، فظهر أنَّ المرادَ عفوٌ يخلصُ به الصداق لها .

اشتملت الآية علىٰ ذكر الخلوص من الجانبين ، وذكر التشطر والانقسام على الجانبين ، وقد قال تعالىٰ : ﴿ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ ﴾ والأقرب للتقوىٰ عفوُ الزوج ، فأما عفوُ الأبِ عن حقِّ ضعيفةٍ ، فلا يتَّصف بهـٰذه الصفة . وقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡ ﴾ خطابٌ لهما .

٨٥١١ـ فهـٰذا ذكرٌ للقولين علىٰ صيغة التردد في التفسير ، وثمرتهما اختلافُ القولِ في أنَّ الولي هل يملك/ الإبراء عن صداقِ وليَّتِهِ ؟ وفيه **قولان** : **الجديد** ـ إنه ش ١٦١

---

(١) حديث : « اللهم فقهه في الدين . . . » رواه مسلم مقتصراً علىٰ لفظ : « اللهم فقهه » (مسلم : كتاب فضائل الصحابة ، باب فضائل عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، ح٢٤٧٧) وأما بالألفاظ التي ساقه بها إمام الحرمين ، فقد رواه أحمد في مواضع كثيرة من (المسند ، منها : ١/ ٢٦٦ ، ٣١٤) .

(٢) في الأصل : « وأيضاً ، فإن ذكر الزوج جرىٰ علىٰ صيغة المخاطبة . . . » .

(٣) ابن جريج ، عبد الملك بن عبد العزيز ، أبو الوليد ، وأبو خالد ، فقيه الحرم المكي ، كان إمام أهل الحجاز في عصره ، أول من صنف تصانيف العلم بمكة ، رومي الأصل ، من موالي قريش ، مكي المولد والنشأة . توفي سنة ١٥٠هـ . (ر . تاريخ بغداد : ١٠/ ٤٠٠ ، وصفة الصفوة : ٢/ ١٢٢ ، وتذكرة الحفاظ : ١/ ١٦٠ ، ووفيات الأعيان : ٣/ ١٦٣ ، وتهذيب التهذيب : ٦/ ٤٠٢ . وانظر الأعلام للزركلي) .

لا يَملك . وهو مذهب **أبي حنيفة**[١] . ووجهه في القياس لائح ؛ فإن الصداقَ مالٌ من أموالها ، فلم يملك الأبُ إسقاطَه كسائرِ أموالِها .

والقول القديم : إنه يملك الإسقاط ؛ لأنه أكسبها هـٰذا المال في مقابلة البضع ، ثم رجع البضعُ إليها ، وهو علىٰ كمالٍ من الشفقة ، ولا يُنكَر في جهات الاستصواب إسقاط المهر ، فإذا صدر ممن كملت شفقته ، كان محالاً على النظر .

التفريع[٢] : **٨٥١٢ـ** إنْ منعنا العفوَ ، فلا كلام . وإنْ جوزناه ، فنفوذه مشروط بخمسة أشياء ، **أحدها** ـ أن يكونَ الولي أباً أو جَدّاً ؛ إذْ لا مُجبر غيرهما .

والثاني ـ أن يفرض العفوُ قبل الدخول ؛ فإنَّ المهر إذا تأكد بالدخول ، فقد تحقق فواتُ البضع ، ولأجله استقر العوض . فإنْ كُنا نتلقىٰ إسقاطَ المهرِ من حملِ قوله تعالىٰ : ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ على الولي ، فالعفوُ واردٌ في شطرِ الصداق ، إذا فُرض وقوع الطلاق قبل الدخول .

والشرط الثالث ـ أن يكون العفوُ بعد الطلاق ، أو يقعُ الاختلاعُ به ؛ والسبب فيه اختصاص الآية أولاً بما بعد الطلاق ، ومعتمد هـٰذا القول الاتباع ، وأيضاً فإنها تبقىٰ في أسر النكاح ، فلو سقط مهرُها وهي [باقية][٣] في الزوجية ، والزوج ربما يستمتع بها ـ فيفوت بضعها مجاناً .

والشرط الرابع ـ أن يكون الصداقُ دَيناً ، فلو كانَ عيناً ، لم يجز للولي هبته من الزوج . هـٰذا ما صار إليه معظم **أئمة المذهب** ، وتمسكوا بظاهر العفو ؛ فإنه مُشعِرٌ بالإبراء ، وأيضاً فإنَّ الملكَ لا يستقر في الدين استقراره في العين . وكان **شيخي أبو محمد** يرىٰ للولي علىٰ هـٰذا القولِ هبةَ العين ؛ اعتباراً بالإبراء عن الدين ، وهو

---

(١) ر . بدائع الصنائع : ٢/ ٢٩٠ ، حاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٩٠ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٢٦٣ مسألة رقم : ٧٣٤ .

(٢) في الأصل : والتفريع .

(٣) في الأصل : فه في الزوجية .

متجهٌ لا بأس به ، وكان يُجَوِّزُ [الاختلاعَ][1] علىٰ عين الصداق ؛ اعتباراً بالدين .
والصحيحُ ما صار إليه الجماهير .

والشرط الخامس ـ أن تكون صغيرةً عاقلةً بحيث يُرْغَبُ في مثلها ، فإن كانت مجنونةً، فحكمها حكم الصغيرة العاقلة ، وقالت **المراوزةُ** : لا ينفذ الإبراء عن مهر المجنونة ؛ لأنه لا يُرغب فيها ، وكأنّا إنما نُجوّز اختلاعَ الصغيرة بمهرها ، والإبراءَ بعد الطلاق ؛ حتىٰ يُرغب فيها ، وهـٰذا المعنىٰ مفقود في المجنونة التي لا يتشَوَّفُ الخُطَّابُ إليها .

٨٥١٣ـ ولو كانت ثَيِّباً بالغةً ، فلا شك أن الأب لا يبرىء عن مهرها .

وإنْ كانت بكراً بالغة ـ والتفريع علىٰ تنفيذ إبراء الولي ـ هل ينفذ إبراؤه عن مهر البكر العاقلة ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ ينفذ ، لملكه عُقدةَ النكاح ؛ فإنه يملك إجبار البكر بالغة .

والثاني ـ لا ينفذ إبراؤه ؛ فإنَّ الولاية إن كانت مستمرة على البضع ، فلا ولايةَ للأب علىٰ مالها ، وصداقُها من مالها .

ي ١٦٢ وهـٰذا/ يقرب مما قدمناه قبلُ من أن الأب هل يملك الانفراد بقبض مهر البكر البالغة السفيهة كالبكر الصغيرة ، لثبوت الولايتين عليها ؟

والصغيرةُ إذا ثابت بوطء شبهة ، وإنما صورنا وطء الشبهة حتىٰ لا يتقرر المهر بفرض المسيس من الزوج ، فإذا ثابت الصغيرة تحت زوجها كما ذكرناه ، فقد صارت إلىٰ حالة لا يملك الأبُ تزويجَها فيها قهراً حتىٰ تبلغ ، فتأذن .

فقال **أئمةُ المذهب** : إذا كانت كذلك ، لم يملك الولي إسقاطَ مهرها ؛ فإنه لا يملك إجبارَها ، وليس بيده عقدةُ نكاحها . وأبعدَ بعضُ **أصحابنا** بأن جوّز للأبِ أو الجدِّ العفوَ عند الطلاق أو بعده إذا كانت صغيرةً ؛ نظراً إلىٰ نفاذ ولايته في مالها ، وهـٰذا ضعيف ، غيرُ معدود من المذهب ؛ فإن ولايةَ المالِ لا تسلِّط على العفو والإسقاط ، وإنما المتبع ما يُشعر به ظاهرُ القرآن ، وهو يشير إلىٰ ملك عقدة النكاح ، والثيب الصغيرة في حق الأب بمثابة الثيب البالغة في التزويج .

---

(١) في الأصل : الاطلاع .

فَصْلٌ

قال : « وأي الزوجين عفا عما في يده ، فله الرجوع . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٥١٤ـ هـٰذا الفصل وفصول بعده تشتمل علىٰ مُكرَّرات ، ونحن [نوفّر][(٢)] لها جهدَنا والتنبيهَ عليها من غير بسط .

وهـٰذا الفصل مفروض في وقوع الطلاق قبل المسيس وتشطّرِ الصداق ، ثم إذا تشطر الصداق ، عيناً كان أو ديناً ، يترتب عليه حكم الهبة والإبراء ، فإن كان عيناً فالنصف له والنصف لها ، فإن وهبت ما هو لها من زوجها ، لم يخف تفريعُ الهبات ، فإن كان في يدها سلَّمَته ، وإن كان في يده ، نُفرّع فيه ما إذا وهب مالكُ الوديعة من المودَع ، وعاد التفصيل وإعادة القبض ، وفيه اختلافُ قولٍ وتفصيلٌ طويلٌ تقصَّيناه في موضعه .

وإن وهب الزوجُ ما ارتدّ إليه منها ، فالأمر كذلك .

وإن كان الصداقُ ديناً وسقط شطرُه ، وبقي لها الشطرُ فأبرأت ، فلا يخفىٰ حكم الإبراء . والظاهر أنه لا يفتقر إلى القبول وفيه وجه بعيد ذكرناه .

٨٥١٥ـ والذي نذكره في هـٰذا الفصل أنَّ الهبةَ مستعملة في الأعيان ، ولفظ الإبراء لا يستعمل في تمليك الأعيان ، والعفو مختلف فيه ، فالذي ذكره معظم المحققين : أن الهبة في الأعيان لا تصح بلفظ العفو ؛ فإنه في معنى الإبراء .

وذكر القاضي أن العفو يجوز استعماله في الهبة ، وظاهر قوله [فيما][(٣)] نقل عنه يدل علىٰ أن استعمال العفو في الهبة يختص بالصداق فيما يدور بين الزوج والزوجة ، أو يصدرُ من الولي ، علىٰ أحد القولين ، فاستدلّ في هـٰذا بظاهر قوله تعالىٰ : ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾/ فذكر الله تعالىٰ لفظ العفو مع انقسام الصداق ١٦٢ ش

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٣٤ .
(٢) في الأصل : نؤثر .
(٣) في الأصل : فيها .

إلى العين والدين ، والألفاظ قد يأخذ بها صاحبُ المذهب من الشرع ، وعليه بناء صرائح الطلاق .

وهـٰذا الذي ذكره لم يرتضه غيره ، وقالوا : ليس المرادُ بذكر العفو في القرآن [التنبيه][1] على اللفظ الذي يستعمله الزوجان ، وإنما المراد أنْ يتركَ كلٌّ واحد منهما حقَّه ، ثم طريق الترك فيه موكول إلىٰ بيان الشرع . ثم لو صح ما ذكره في الصداق ، للزم طرده في سائر الهبات .

٨٥١٦ـ ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أنا إذا لم نر الإبراء والعفو من ألفاظ الهبات في الأعيان ، فهل يلتحقان بالكنايات ؟

وقد قدمنا تفصيلاً في أنَّ عقودَ التمليك هل تنعقدُ بالكنايات إذا كانت مفتقرة إلى الإيجاب والقبول ؟

قال **شيخي** : الإبراء ليس كنايةً أيضاً في هبة الأعيان ؛ فإنه لا يتضمن تمليك الغير ، وإنما معناه إسقاط المُبرِىءُ حقَّ نفسه ، وعماد الهبة تمليك المتّهب ، وهـٰذا متجه حسنٌ ، لا يجوز غيره ، وفي كلام **القاضي** ما يدل عليه أيضاً .

وإذا كان الصداق ديناً ، فاستعمل الإبراءَ ، فهل يشترط القبول في الإبراء ؟ وهل يشترط القبول إذا جرى الإبراءُ بلفظ الهبة ؟ ففي المسألة وجهان . وهـٰذا منتهى المراد في هـٰذا الفصل .

فَصْلٌ

قال : « ولو وهبت له صداقَهَا ، ثم طلقها [قبل أن يمسّها][2] ففيها قولان . . . إلىٰ آخره »[3] .

٨٥١٧ـ إذا أصدقَ الرجلُ امرأته عيناً من الأعيان وسلّمها ، ثم إنها وهبت عين الصداق من الزوج ، وسلّمته إليه ، ثم طلقها الزوج قبل المسيس ، والصداق قد عاد

---

(١) في الأصل : المبينة .

(٢) ساقط من الأصل . وأثبتناه من المختصر .

(٣) ر . المختصر : ٤/ ٣٤ .

إليه بهبتها ، فهل يرجع عليها بنصف قيمة الصداق ؟ فعلىٰ **قولين منصوصين** : **أحدهما ـ** يرجع [عليها][(١)] ؛ لأن الصداق عاد إليه بتمليكٍ منها ، فصار كما لو [باعته منه][(٢)] ثم طلقها .

والثاني ـ لا يرجع عليها ؛ لأنها عجّلت ما كان يستحقه عليها مؤجَّلاً بالطلاق ، والمستحَق في المال إذا عُجّل ، لم يبعد وقوعه الموقعَ عند دخول وقت الاستحقاق ، كالزكاة إذا عُجّلت .

والأقْيس القول الأول ؛ فإن العَوْد إلى الزوج ، لم يكن عن جهة تعجيل حق الزوج[(٣)] في الشطر .

ولو قدمت إليه الصداق زاعمة أنَّ نصفَه هبةٌ ونصفَه تعجُّلٌ لما يجب للزوج عند الطلاق ، فلا يصح من الزوج التصرف في الشطر المعجل ، ولا يصح التمليك فيه ؛ فإنه على الحقيقة تعليق تمليك بما سيكون ، ولا يقبل التمليكُ التعليقَ علىٰ أمرٍ منتظر .

وإذا رجع الصداقُ إلى الزوج ببيعِ محاباة ، [فإنه][(٤)] يرجع عليها بنصف قيمة الصداق عند الطلاق ؛ [فإنّ][(٥)] المحاباة في معنى الهبة ، في كونها تبرعاً/ ، علىٰ ما كان يذكره **شيخنا** ، ولم أرَ في الطرق ما يخالفه ؛ والسبب فيه أنا وإن كنا نعد بيع المحاباة من التبرعات ، فالمبيع مقابَلٌ بالثمن وإن قلّ ، وإذا كان مقابلاً به ، استحال انصرافه إلىٰ جهة استحقاق الزوج شطر الصداق عند الطلاق .

١٦٣ ي

٨٥١٨ـ ثم قال **الأئمة** : ما ذكرناه من القولين لا يختصان بالطلاق ، بل إذا وهبت الصداق ، ثم جرىٰ ما يوجب ارتداد جميع الصداق إلى الزوج ، كالردة ، ففي رجوع الزوج عليها بتمام القيمة القولان .

فلو باع رجلٌ عبداً بجارية ، ثم وهب قابضُ الجاريةِ الجاريةَ من قابض العبد ، ثم

(١) في الأصل : إليها .
(٢) في الأصل : اشترته منه .
(٣) في الأصل : تعجيل حق الزوج حق في الشطر .
(٤) في الأصل : وإنه .
(٥) في الأصل : وإن كانت المحاباة في معنى الهبة .

اطلع [قابض][1] العبد علىٰ عيب قديم به ، فردَّه ، فهل يرجع علىٰ بائع العبد بقيمة الجارية ؟ فعلى القولين ، والمسائل متناظرة في جريان القولين فيها .

ثم رأيت في مرامز كلام **الأصحاب** تردداً لطيفاً في أنَّا إذا قلنا : لا يملك رادّ العبد الرجوعَ بقيمة الجارية ، فهل يملك رده ؟ وإن ردّ ، فهل ينفذ ردُّه أم لا ؟ وهـٰذا محتمل حسن ، وهـٰذا من جهة أن [الغرض][2] من الرد استرداد العوض ، فإذا لم يثبت له حقُ الاسترداد ، ففي رده بُعْدٌ ، وليس هـٰذا كالطلاق ؛ فإنه لا مرد له ، والفسوخ التي أُثبتت في النكاح ليس مقصودُها استردادَ الصداق ، [فما][3] ذكرناه من التردد في الرد بالعيب في المبيع .

٨٥١٩ـ وما ذكرناه فيه [إذا كان الصداق عيناً ، أما][4] إذا كان الصداق ديناً ، فأبرأت زوجها ، ثم طلقها الزوج قبل المسيس ، فهل يرجع عليها بنصف الصداق ؟

في المسألة **طريقان** : من **أئمتنا** من جعل فيها قولين كما في العين ، ومنهم من منع الرجوع عليها عند الطلاق قولاً واحداً ، وفرّق بين العين والدين بأنها إذا أبرأت ، لم تستوف الصداق ، ولم يستقر ملكها فيه ، بل أسقطته ، وفي العين استقر ملكها . وكان **شيخنا** يقرب الطريقين في القطع وطرد القولين من اختلاف **الأصحاب** في أنَّ الإبراء : هل يفتقر إلى القبول أم لا ؟

ولو كان الصداق ديناً ، فأبرأت زوجها بلفظ الهبة ، وحكمنا بأنه يفتقر إلى القبول ، فهـٰذا مرتب على الإبراء . والفرق اقتضاء الهبةِ التمليكَ ، فكأنها ملّكت زوجها ما عليه .

فإنْ قيل ، كيف سبيل الهبة في الدين ، وركن الهبة القبض [وأين القبض][5] في

---

(١) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .
(٢) في الأصل : العوض .
(٣) في الأصل : « فيما » .
(٤) زيادة اقتضاها السياق .
(٥) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

الديون ؟ قلنا : إذا وهب مستحقُّ الدين [الدينَ][1] ممن عليه ، فلا حاجة إلىٰ تقدير القبض في هـٰذه الحالة ، ونحن قد نُبرم هبات من طريق آخر ، كتقديرٍ من غير إجراء قبضٍ حسي ، وكما أن القبض ركن التمليك في الهبة ، فإنه يتعلق به حكم نقل الضمان ، ثم إذا كان لرجل علىٰ رجل دين ، فاعتاض/ عنه عيناً ، فحكم الدين أن يسقط ، ويكون كالعوض المقبوض المتلف في يد مستحقه . ١٦٣ ش

ولو أصدق الرجل امرأته ديناً ، ثم نقد ووفّىٰ ، فلما قبضت وهبت من زوجها ، ثم طلقها قبل المسيس ، ففي هـٰذه المسألة **طريقان على العكس** : **إحداهما** ـ القطع بأن الزوج يرجع عليها . **والأخرىٰ** ـ طرد القولين .

٨٥٢٠ـ فيترتب مما ذكرناه **ثلاثة أحوال** : **إحداها** ـ فيه إذا كان الصداق عيناً ، فجرت الهبة ، ثم الطلاق ، وفيها القولان .

والثانية ـ أن يكون الصداق ديناً ، فتبرىءَ عنه ، ثم يجري الطلاق قبل المسيس ، وفيها **طريقان** ، **إحداهما** ـ القطع بأنه لا رجوع عليها .

والحالة الثالثة ـ أن يكون الصداق ديناً ، فيوفرَه الزوج ، ثم إنها تهب ما تقبض ، ففي المسألة **طريقان** : **أحدهما** ـ القطع بأنه يرجع عليها إذا طلقها .

ثم إذا كان الصداق في الذمة ، ففُرض النقدُ ، والهبة ، والطلاق ؛ فلا فرق بين أن يكون من ذوات الأمثال ، وبين أن يكون من ذوات القيم . هـٰذا كله إذا عاد جميع الصداق إلىٰ يد الزوج ، ثم فرض الطلاق قبل المسيس .

٨٥٢١ـ فأما إذا أصدقها عيناً وسلّم إليها ، ثم إنها وهبت نصف ذلك الصداق من زوجها ، ثم طلقها قبل المسيس ، فهـٰذا يترتب علىٰ ما إذا عاد جميعُ الصداق إليه ، ثم طلقها :

فإنْ قلنا : إذا رجع الجميع إليه ، فإنه يرجع عليها بنصف القيمة إذا طلقها ، فهاهنا نُثبت له حقَّ الرجوع في النصف لا محالة .

---

(١) زيادة من المحقق ، اقتضاها إقامة العبارة .

ثم في كيفية الرجوع **أقوال** : **أحدها** ـ إن حق الزوج ينحصر في النصف الباقي في يدها ، ويتعين الموهوب من حقها ، وهـٰذا كما قال **الشافعي** في الزكاة : إذا أصدقها أربعين شاة ، وأخذ الساعي منها واحدة ، ثم طلقها قبل المسيس ، رجع عليها بمقدار عشرين شاة مما بقيت في يدها ، ويتعين ما أخرجته من حقها . وكما قال في التفليس : إذا اشترىٰ عبدين بمائتين ، وقضىٰ مائةً ، وتلف أحد العبدين ، ثم فُلّس ، [وكانت](١) قيمتاهما متساويتين ، فإذا رجع البائع ، انحصر حقه في العبد القائم ، وهـٰذا القول يعرف **بقول الحصر** .

والقول الثاني ـ إنه يرجع في نصف الباقي وربع قيمة الجملة ، فيشيع ما أخرجته وما [أثبتته](٢) فيحصل للزوج مقدار النصف عيناً وقيمةً . و[هـٰذا](٣) القول يُشْهر **بقول الشيوع** .

والقول الثالث ـ إنه بالخيار بين ما ذكرناه في القول الثاني ، وبين أن يرجع في نصف(٤) العين كلها .

وقد نصَّ **الشافعي** على القولين الآخرين في مسألةٍ في الصداق ، وهي إذا أصدقها إناءين ، فكسرت أحدَهما ، ثم طلقها ، نص علىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ إنه يرجع في نصف الإناء الصحيح ونصف قيمة المنكسر ، **والثاني** ـ / إنه بالخيار بين هـٰذا وبين أن يرجع في نصف قيمة الإناءين . والقولان المذكوران في مسألة الإناءين إذا انكسر أحدهما يمكن بناؤهما علىٰ تفريق الصفقة في الرد بالعيب إذا اشتملت الصفقة علىٰ عينين ، ثم اطلع علىٰ عيب بأحدهما . ثم الأقوال الثلاثة تجري في مسألة إصداق أربعين شاة ، وفي كل ما يناظر ذلك . وفي المسألة بحث سنذكره عند نجاز المنقول .

ي ١٦٤

٨٥٢٢ـ قال **الأئمة** : لو وهبت المرأةُ النصفَ من أجنبي ، ثم طلقها الزوج قبل

---

(١) في الأصل : فكانت .

(٢) وما أثبتته : أي أبقته في يدها . هـٰذا . وقد قرأنا هـٰذا اللفظ بصعوبة بالغة ، علىٰ ضوء صورة الحروف المضطربة (انظر صورتها) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : « . . . في نصف مهر العين كلها » .

المسيس ؛ فإنه يرجع في النصف ، ثم في كيفية التوزيع والحصر والشيوع والتخيير الأقوال الثلاثة .

٨٥٢٣ـ وكل ما ذكرناه تفريع علىٰ قولنا : جميع [ ][1] الصداق إذا عاد إليه ، ثم طلقها ، فإنه يرجع عليها بالنصف .

فأما إذا قلنا : لو رجع جميع الصداق إلى الزوج من جهتها ، لم يرجع عليها عند الطلاق بشيء ، فإذا وهبت منه النصف ، ثم طلقها ؛ ففي المسألة **جوابان على الحصر والشيوع** : **أحدهما**[2] ـ إنه لا يرجع ، فكأنها عجلت يوم الهبة جميع ما كان يستحقه يوم الطلاق .

والوجه الثاني ـ إنه يملك الرجوع ، ثم في قدر ما يرجع فيه **جوابان** : **أحدهما** ـ إنه يرجع في نصف ما بقي في يديها ، وهو ربع الجملة ، ونجعل الفائت بالهبة من الحقين النصف من حقه والنصفُ من حقها ، وكأنها عجلت نصف ما كان يستحق عليها ؛ لأن الحق شائع . وهٰذا اختيار **المزني** .

والثاني ـ إنه يرجع في تمام النصف ، ويتعين حقها فيما وهبت ، فتحصَّل أجوبةٌ : **أحدها** ـ إنه لا يرجع بشيء ، وما قبضه من النصف هبة محسوب عليه .

والثاني ـ إنه يرجع بنصف الباقي فحسب ، وهٰذا على الإشاعة .

والثالث ـ إنه يرجع بتمام النصف ، وهٰذا على الحصر .

وتحقيق ذلك : أنَّا في قولٍ نحصر حق الزوج فيما قبض ، وفي قولٍ نحصر حقها فيما وهبت ، وفي قول نُشيع ، فاستكمال الحصر من وجهين يقتضي **جوابين** : **أحدهما**ـ إنه لا يرجع بشيء ، **والثاني** ـ إنه يرجع بتمام حقه ، والإشاعة توجب التبعيض لا محالة .

ثم إذا قلنا إنه يرجع بتمام حقه ، ففي كيفية الرجوع **الأقوال الثلاثة** التي قدمناها :

---

(١) بياض بالأصل ، قدر أربع كلمات ، ولٰكن الكلام مستقيم بدون تقدير أي شيء .
(٢) في الأصل : أو لأحدهما . وهو تحريف واضح .

أحدها ـ إنه يرجع في النصف الباقي . **والثاني** ـ إنه يرجع في نصف الباقي وربع قيمة الكل . **والثالث** ـ إنه يتخيّر .

هكذا ذكر **الأصحاب** .

وهٰذا فيه وهمٌ ؛ من جهة أنَّا نفرّع علىٰ منع الرجوع لو وهبت الكل ، وعلىٰ هٰذا إذا وهبت النصف ، لم ينقدح الرجوع بتمام الحق عند الطلاق إلا على الحصر ، وقول الحصر يوجب حصرَ حقه فيما بقي ، فإعادة الأقوال الثلاثة لا معنىٰ له .

هٰذا ما ذكره **الأئمة** نقلناه علىٰ وجهه/ . ش ١٦٤

٨٥٢٤ـ ونحن نقول بعد ذلك : إذا [وهبت][1] المرأة جميع الصداق من الزوج ، ثم طلقها ، فقد مضىٰ أصل القولين فيه .

فإذا وهبت النصف ، فقد ذكرنا ثلاثة أقوال ، وكلها بينة ، فإن حصرنا حق الزوج فيما بقي ، فلا كلام ، وإن أثبتنا له الرجوع إلىٰ نصف ما بقي وإلىٰ ربع قيمة الكل ، فإنَّ أكثر **أصحابنا** لم يذكروا علىٰ هٰذا القول تخيراً ، وإن تبعض الحق عليه ، وذكروا التخير في القول الثالث .

وهٰذا فيه غموض ؛ من جهة أن التبعيض يُثبت الخيار في أمثال هٰذه المسائل ؛ فكان يجب أن نقطع بالخيار ، وهٰذا فيه وقفة على الناظر ؛ من قِبَل أنَّا قطعنا بإثبات الخيار ، ففي المسألة **قولان إذاً** : **أحدهما** ـ إنه ينحصر حقه في النصف الباقي ، فيخلص له العبد هبة ورجوعاً ، **والثاني** ـ إنه بالخيار ، إن شاء ، رجع إلىٰ نصف ما بقي ، وإلىٰ ربع قيمة الكل ، وإن شاء ، رجع إلىٰ نصف قيمة الكل . وإن أثبتنا التبعيض بلا خيار ، كان ذلك مناقضاً لأصلٍ بيّنٍ في المعاملات ، وهو : أن التبعيض عيب .

٨٥٢٤/ م ـ وإذا طلق الرجل امرأته ، فصادف الصداق معيباً في يدها بعيب حادث قبل الطلاق ، فللزوج الخيار ، إن شاء ، رضي بشطر الصداق معيباً ، وإن شاء ، رجع بنصف القيمة سليماً . فإذا كان التبعيض عيباً ، وحُكم العيب في الصداق تخيير الزوج ، فرفْعُ التخيير بعيدٌ جداً .

---

(١) في الأصل : وهب .

فإن قال قائل : مبنى الصداق على التبعيض إذا فرض الطلاق ، واحتمل ذلك علىٰ قول من الأقوال ، لم[1] يكن لهـٰذا الكلام تحصيل ؛ فإن الطلاق يقتضي التشطير ، وهـٰذا[2] تربيعٌ . وإذا قلّ الجزء ، قلّت القيمة علىٰ قدره ، [فإذا][3] كانت الجملة تساوي ألفين وكان نصفها عند فرض الإفراد يساوي أربعمائة ، فالربع قد يساوي مائة وخمسين ؛ فإنَّ الرغبة في الجزء الكثير أكثر من الرغبة في الجزء القليل .

فإن قال قائل : إذا رجع النصف إلى الزوج بالهبة ، ثم فرض الرجوع في ربع آخر إليه ، فلا تبعيض في حقه . قيل : هـٰذا أيضاً لا حاصل له ، من قِبَل أن الهبة غيرُ محسوبةٍ عليه ، فينبغي أن يكون النظر محصوراً علىٰ هـٰذا النصف الآخر ، وقد تحقق التبعيض فيه ، كما ذكرناه . فهـٰذا منتهى البحث سؤالاً وجواباً .

٨٥٢٥ـ والحق المستقيم على القياس : ردُّ الخلاف إلىٰ قولين ، ووجه قول من لا يُثبت الخيار ـ علىٰ بعده ـ أن التبرع علىٰ قول الإشاعة مَلَّك الزوجَ ربعَ العين وربعَ القيمة ، مع أن في يدها النصف الكامل ، [و][4] إذا ملَّك الشرعُ الزوجَ المُطَلِّق شيئاً ، فإثباتُ الخيارِ ـ مع أن الشرعَ ملّكه كذلك ـ بعيدٌ . فإذاً ؛ وجه نفي الخيار أن الإشاعة تقتضي التمليك علىٰ هـٰذا الوجه ، ولا خيار فيما اقتضاه الشرع . هـٰذا هو الممكن/ ، والوجه ما قدمناه . فهـٰذه مباحثة في هـٰذه الطرق . ١٦٥ ي

٨٥٢٦ـ مباحثة أخرىٰ : إذا طلق الرجلُ امرأته ، وصادف الصداقَ معيباً في يدها ، فقد ذكرنا أنه إن أراد ، رجع بنصف القيمة ، وكذلك لو تلف الصداقُ في يدها ثم طلقها .

وهـٰذا كلام أطلقه الفقهاء وتساهلوا في إطلاقه ، والغرض منه يبين بسؤال .

فإن قال قائل : يرجع الزوج بنصف قيمة الكل ، أو بقيمة نصف الكل ، وبينهما

---

(١) لم يكن لهـٰذا الكلام : جواب قوله : فإن قال قائل : . . .
(٢) (وهـٰذا) : إشارة إلىٰ رجوعه إلىٰ نصف النصف .
(٣) في الأصل : وإذا .
(٤) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

تفاوت ؟ قلنا : يرجع بقيمة نصف الكل ؛ فإنه لم يفته إلاَّ نصف الكل ، وهـٰذا مما يجب إجراؤه في المسألة التي نحن فيها ؛ فإنا أطلقنا ربع قيمة الكل ، والمراد قيمة ربع الكل .

٨٥٢٧ـ ومن المباحثات في المسألة : التعرض لانكسار أحد الإناءين ، وفي معناه : لو أصدقها عبدين ، فعاب أحدهما ، وقد حكينا **قولين** : **أحدهما** ـ إن الزوج يرجع بنصف الإناء الصحيح ، ونصف قيمة المنكسر ، **والثاني** ـ إنه يتخير بين ما ذكرناه ، وبين الرجوع بنصف قيمة الإناءين . وقد ذكرنا أن هـٰذا يخرج علىٰ تفريق الصفقة في الرد بالعيب .

وتصوير ذلك في التفريق : أن من اشترىٰ عبدين ، فوجد بأحدهما عيباً ، فأراد ردّ المعيب منهما وإمساكَ الصحيح ، ففيه قولان ، وإن أراد ، ردَّهما ، كما تقرر هـٰذا في كتاب البيع .

وهـٰذا فيه نظر ؛ فإنَّا في مسألة الإناءين ألزمناه ـ في أحد القولين ـ الرجوعَ إلىٰ نصف الصحيح ونصف قيمة المنكسر ، وفي القول الثاني خيرناه ، فكيف ينطبق هـٰذا الذي ذكرناه علىٰ ما جئنا به مثلاً في شراء العبدين ، مع الاطلاع علىٰ عيب بأحدهما ؟ وصورة القولين ثَمَّ : أنه يرد المعيب في قولٍ ، ولا يرده وحده في قول ؛ بل يردهما ويسترد الثمن ، ثم علىٰ هـٰذا القول طريق استدراكه للظُّلامة ، [ردُّ][1] الصحيح والمعيب . فإن لم يرد ذلك ، فليقنع بالمعيب ، وليمسكه مع الصحيح .

ونظير هـٰذا من الصداق لو قلنا : طريق استدراكه أن يرد الإناءين ويطالبها بقيمة نصفهما ، فإن أبىٰ ذلك ، فليقنع بنصف الإناء المنكسر مع [نصف][2] الإناء الصحيح ، وليس الأمر كذلك ؛ فإنَّا نقول في مسألة الإناءين في أحد القولين : يتعين إمساك نصف الصحيح ، وطلب نصف قيمة المنكسر ، وهـٰذا في التحقيق إلزام التبعيض إذا أراد الاستدراك .

---

(١) عبارة الأصل. . . طريق استدراكه للظلامة والصحيح والمعيب .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .

وفي القول الثاني ـ نخيّره بين التبعيض ـ وهو الأصل ـ وبين ردهما . وكان الأصل في البيع ردّهما . وإذا جوّزنا التبعيض ، فهو دخيل ، والأصل هاهنا التبعيض ، وإذا أراد ردهما ، فهو دخيل .

٨٥٢٨ـ ولن يحيط الناظر بحقيقة هـٰذا ما لم يفهم فرقاً كلياً بين القاعدتين ، وهو أن البيع مفسوخ [بالرد][1] ، وهو متَّحد لا يتعدد/ بتعدد المعقود ، فبعُد عند بعض العلماء إيراد الفسخ علىٰ بعضه ، فينشأ منه منع التفريق . وأما رجوع الصداق إلى الزوج ، فليس في حكم عقد يعقد ، ولـٰكنه رجوع قهري شرعي ، غير أنا قد لا نرد إليه ما في رده إليه إضرار به ، وينتظم من هـٰذا أن استمساكه بنصف الصحيح على القاعدة ؛ فإنه لا ضرار فيه . بقي طريقٌ للاستدراك في نصف المنكسر ، فله الرجوع إلىٰ نصف قيمته ، فهـٰذا [بَتٌّ][2] لا كلام فيه ، فإن أراد رد الصحيح مع المنكسر ، فهـٰذا خروج منه عن قاعدة الصداق ؛ فإنَّ من اشترىٰ عبدين فوجد بأحدهما عيباً ؛ فإنه يردهما باتحاد العقد ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق هاهنا .

١٦٥ ش

فقال قائلون : لا سبيل إلىٰ ردهما في الصداق ؛ لافتراق الأصلين ، وتباعد القاعدتين ، ونظر ناظرون نظراً ظاهراً من غير بحثٍ عن تباعد القاعدتين ، وقالوا : يملك الزوج ردهما . ولم يترك هـٰذا القائل التمسك بجواز التبعيض ، وكذا وقع لهـٰذا الإنسان هـٰذا ، من حيث ظن أنَّ إفراد العين مشابه للعيب ، وأن المشتري إنما يرد العبدين لذلك . ثم قد وجد في الصداق الردّ بالعيب مع إمكان دفع الضرر دونه ؛ فإنَّ الزوج إذا صادف الصداق معيباً في يدها ، رجع إلىٰ نصف القيمة ، ولو قالت : أجبرُ النقصَ لم يُبالَ بها . وهـٰذا وهم ؛ فإنَّ تميّز أحد العبدين عن الثاني ليس عيباً ، وإنما سببه ما ذكرناه من اتحاد العقد .

[بان][3] تحقيق القول في الأصلين ، وانتظم منه أنَّا في البيع نقول في قول : يجمع ولا يُفرِّق . وفي قول : إن شاء فرَّق وإن شاء جمع . فإن أراد الزوج ألا يستدرك

---

(١) في الأصل : بالردة .
(٢) في الأصل : ثبت .
(٣) في الأصل : فإن .

الظلامة ، استمسك بنصف الصحيح ونصف المنكسر . وتلك المناقشات فيه إذا كان يبغي استدراك الظلامة .

فهٰذا تمام المباحثة في الانعطاف علىٰ أطراف الكلام في المسألة . وقد انتظم قبلها النقلُ علىٰ وجهه .

فَصْل

قال الشافعي : « ولو خالعته بشيء مما عليه من المهر ، فما بقي ، فعليه نصفه . . . إلىٰ آخره »(١) .

٨٥٢٩ـ أورده **المزني** من الخلع ، وغرضه إنما هو الاستشهاد بنص **الشافعي** علىٰ ما يدل علىٰ قول الشيوع ؛ فإنا لما ذكرنا الهبة في بعض الصداق ، أجرينا نصوصاً **للشافعي** دالَّةً على الحصر ، فاختار **المزني** قولَ الشيوع ـ وهو الأصح والأَقْيَسُ . وتمسك بنص **الشافعي** في المسألة التي سنذكرها وهي قليلة النَّزَل(٢) ، ومدارها علىٰ أصول سابقة ، ومن معه رشد من الفقه يُخرّج المسألة ، ونحن نذكرها ولا نغادر شيئاً منها ، فنحرص على الاختصار جُهدنا .

٨٥٣٠ـ فنقول : إذا/ اختلعت المرأة نفسها من زوجها نُظر : فإن كان بعد الدخول ، فلا يخلو ، إما أن كان إلىٰ غير جنس الصداق ، [أو علىٰ جنس الصداق](٣) ، فإن كان علىٰ غير جنس الصداق ، مَلَك الزوج عليها العوض ، ثم الخلع مفروض قبل المسيس ، فيتشطر الصداق ، فله عليها عوض الخلع ، ولها عليه نصف الصداق . ي ١٦٦

(١) ر . المختصر : ٤/ ٣٥ .

(٢) النَّزَل : بفتح النون والزاي المعجمة : من قولهم : رجل ذو نَزَل أي كثير الفضل والعطاء ، و« فلان ليس بذي طُعْم وليس بذي نَزَل » : ليس له عقل ولا معرفة ، وسحابٌ ذو نَزَل : كثير المطر ، وطعام كثير النزل : كثير البركة (المعجم ، والمصباح) . والمعنىٰ هنا أن هٰذه المسألة قليلة الأثر والفائدة .

(٣) زيادة اقتضاها الكلام .

فإن خالعها علىٰ ما هو جنس الصداق ، صح الخلع ؛ فإنه لم يورده على الصداق . ثم يتشطر الصداق إن كان الخلع قبل المسيس ، ويجب المسمىٰ بكماله إن كان بعد المسيس . ثم تجري أقوالٌ في التقاصّ في قدر التساوي علىٰ ما ستأتي مشروحة ، إن شاء الله عز وجل .

٨٥٣١ـ وإن [خلعت][(١)] نفسها بصداقها ، وكانت مدخولاً بها ، صح الخلع ، وبرىء الزوج عن الصداق الذي كان استقر عليه بالمسيس .

وإن خلعت نفسها قبل المسيس بالصداق ، لم تخل إمّا أن تخلع بتمام المسمىٰ ، وإما أن تختلع بنصف المسمىٰ ، فإن اختلعت بتمام المسمىٰ قبل الدخول ، فحكم الخلع تشطير الصداق . فإذا كان الصداق ألفاً ، وقد جرىٰ منها الاختلاع عليه ، فنصف العوض المذكور حقٌّ الزوج . فالعوض متبعِّض إذاً ، بعضه مستحَق ، وبعضه ثابت علىٰ ما تقتضيه المعاملة .

فيخرج في هـٰذا المقام قَوْلا تفريق الصفقة : فإن أفسدنا الصداق[(٢)] بالتفريق ، جرى القولان في أن الصداق إذا فسد ؛ فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، أو إلىٰ بدل العوض المسمىٰ ، فإن قلنا : الرجوع إلىٰ مهر المثل ، فالزوج يستحق عليها مهرَ مثلها ، وقد سقط نصف المسمىٰ ، وهي تستحق نصفَ المسمىٰ ، فإن تجانَس المالان ، جرىٰ أقوال التقاصّ .

وإن رجعنا عند فساد المسمىٰ إلىٰ بدله ، فالمسمىٰ دراهم ، وبدلها دراهم ؛ فإنها من ذوات الأمثال ؛ فيستحق الزوج عليها ألفَ درهم ، وهي تستحق علىٰ زوجها خمسمائة ، ولا يخفى التقاصّ ، هـٰذا إذا فرعنا علىٰ أن التفريق مفسدٌ .

فأما إذا قلنا : التفريق لا يُفسد ، فيصح نصف المسمىٰ ، وهو نصيبها من المهر . ويجري الآن القول في أن للزوج الخيار ، فإن فسخ[(٣)] ، عاد القولان إلىٰ أن الرجوع

---

(١) في الأصل : أخلعت .
(٢) أفسدنا الصداق : المراد أفسدناه بدلاً للخلع وعوضاً فيه ، بسبب أن نصفه مستحقٌّ للزوج .
(٣) أي فسخ عقد الخلع بسبب أن العوض الذي هو المهر المسمىٰ خرج نصفه مستحقاً .

إلىٰ مهر المثل ، أو إلىٰ مثل جميع المسمى ؟ ففي قولٍ يستحق عليها مهرَ مثلها ، وفي قولٍ يستحق عليها مثلَ ما سمىٰ ، وهو ألف درهم . وإن اختار الإجازة ، جرى الخلاف في أنه [يجبُر][١] بالكل أو بقسطٍ ، فإن قلنا : إنه يجبر بالكل ، فيجبر الخلع بمقدار حصتها من المهر ، وهو خمسمائة ، فيسقط الشطر بالتشطير ، ويسقط الباقي بالعوضية . وإن قلنا : يجبر بالقسط ؛ فيرجع فيما هو مستحق بنصف مهر المثل ، أو بنصف البدل/ ، والبدل مثلٌ ؟ فعلى القولين . ش ١٦٦

ولا يخفىٰ أن ما ذكرناه من الخيار فيه إذا كان الزوج جاهلاً بحقيقة الحال في الشطر والتفرق .

هـٰذا كله إذا كان الصداق ألفاً [فاختلعت][٢] نفسها بالألف الذي هو صداق . ولو اختلعت نفسها بألف مطلَقٍ ، فلا يكون صداقاً ، ويصح الخلع ، واستحق الزوج عليها الألف ، وهي تستحق الخمسمائة .

٨٥٣٢ـ ولو أنها اختلعت نفسها عن زوجها بنصف مهرها ـ وهو خمسمائة ـ وهي غير ممسوسة ، فهـٰذا يصوّر علىٰ **أوجه** : **أحدها** ـ أن تقول : اختلعت نفسي بالخمسمائة التي تبقىٰ لي ، فإذا قالت ذلك ، صح الخلع بتنصيصها علىٰ تخصيص المقدار الخالص لها ، ثم لا يخفىٰ أن موجب ذلك سقوط جميع المهر ، النصف منه بحكم التشطر ، والنصف بحكم المعاوضة .

والصورة الثانية ـ أن تقول : اختلعت نفسي بخمسمائة شائعة من مهري ، وصرَّحَت بما ينافي الاختصاص ، فهـٰذا تفريق ؛ فإن النصف مما ذكرته مستحَق للزوج ، والنصف لها ، فيعود التفريع كما مضىٰ ، ولـٰكن تختلف الأقدار . أما النصف من الألف ، فيسقط بحكم التشطر ، ويقع الكلام في النصف الثاني .

فإن أفسدنا العوض بالتفريق فيرجع الزوج ـ في قولٍ ـ إلىٰ تمام مهر مثلها ، وفي

---

(١) في الأصل : يجر . والمعنىٰ أنه إن أجاز عقد الخلع ولم يصح إلا نصف العوض ـ الذي نصيبها في الصداق المتشطر ـ فهل يجبر ما صح العقد فيه (وهو نصيبها) ويجعله وحده عوضاً للخلع ؟ أم يجعل نصيبها قسطاً من عوض الخلع ؟

(٢) في الأصل : فأخلعت .

قول إلىٰ خمسمائة . وإن لم نُفسد واختار الزوج الفسخ ، فالجواب كذلك . فإن اختار [الإجازة][١] وقلنا : يجبر بالتمام ، كان بدل الخلع مائتين وخمسين ، والحكم أن الزوج يبرأ عن سبعمائة وخمسين بحكم التشطير والعوض ويبقىٰ لها بقية المهر . وإن قلنا يجبر بالبعض ، ففيما يرجع به **قولان** : **أحدهما** ـ إنه يرجع بنصف مهر المثل ، فله عليها نصفُ مهرها ، ويسقط من مهرها سبعمائة وخمسون ، ولها عليه مائتان وخمسون .

الصورة الثالثة ـ أن تقول : اختلعت نفسي بخمسمائة من المهر ، ولم تصرح بالإشاعة ولا بما يختص بها ، ولـٰكنها أطلقت الاختلاع كذلك ، فنقدم عليه تجديد العهد بما إذا قال الشريك في الدار بالنصف : بعت نصفي ، فإن قال ذلك ، صح ، وإن قال : بعت النصف من هـٰذه الدار . فمن **أصحابنا** من حمل ذلك علىٰ ملكه ، ومنهم من حمله على الإشاعة ، فمن حمل على النصف الذي له صحح ، وإن حمل على الإشاعة ؛ فإن النصف مما باعه له ، والنصف لشريكه ، فتتفرق الصفقة .

نعود إلىٰ مسألتنا ، ونقول : إذا اختلعت المرأة بخمسمائة على الإطلاق ؛ فقد اختلف **أصحابنا** علىٰ **طريقين** : فمنهم من خَرَّجَ هـٰذا علىٰ بيع نصف الدار مطلقاً ممن يملك نصفها ، ففي وجه نقول : اختلاعها بالخمسمائة محمول على اختلاعها بحقها الخالص ، وهـٰذا يلتفت على الحصر . وفي وجه نقول : اختلاعها/ واقع بحقها وحق الزوج . ثم تسترسل التفاريع علىٰ قوانينها . هـٰذه طريقة . ١٦٧ ي

ومن **أصحابنا** من قطع بأن الخمسمائة محمولة على الإشاعة ، والفرق بين هـٰذه الصورة وبين بيع نصف الدار [أن][٢] من يبيع نصفَ الدار مالكٌ لنصفها دون غيره ، يُحمَلُ تصرفُه علىٰ ما يملك . وإذا اختلعت بالخمسمائة في مسألتنا ، فقد أنشأت الاختلاع والمهر غير متشطر ، وإنما يقع التشطر مع اختلاعها ، فهـٰذا موجَب القطع بالحمل على الإشاعة .

وقد يرد علىٰ ذلك أنها إذا خصصت بما يبقي لها ، فهـٰذا تعليق بما سيبقىٰ إذاً ، فهـٰذا منتهى الكلام في هـٰذا .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

٨٥٣٣ـ ثم تعلق **المزني** بنص **الشافعي** في الحمل على الإشاعة في هـٰذه المسألة التي نقلها ، واستدل بنصه في مسألة هبة بعض الصداق ، وقال : ينبغي أن تحمل هبة البعض [علىٰ][1] الشيوع ، كما نقله في مسألة الاختلاع ببعض المهر .

فاختلف **أصحابنا** في الجواب ؛ فقال بعضهم : جرىٰ **الشافعي** فيما نقله علىٰ قول الشيوع ، وهـٰذا النوع متداول بينه وبين **الأصحاب** .

وقال قائلون : نفرق بين مسألة الخلع وبين مسألة الهبة ، ونقول في مسألة الخلع : اقترن سببُ استحقاق الزوج بتصرفها ، فنفوذ التصرف واستحقاقُ الزوج يلتقيان ويقربان ، فكل ما وقع التصرف فيه يجعله عوضاً محسوباً من الحقين ، حق الزوج ، وحقها . وليس [كذلك][2] مسألة الهبة ؛ لأنها وهبت النصف في حالةٍ لم يكن للزوج فيها استحقاقٌ في عين الصداق ، ولا سببٌ للاستحقاق ، فكان تصرفها محمولاً علىٰ خالص حقها ، وإذا حمل تصرفها علىٰ حقها الخالص ، تعين صرف ما بقي إلىٰ خالص حق الزوج ، وقال هـٰؤلاء : نظير مسألة الخلع أن يطلقها والصداق بعدُ في يدها بكماله ، فلو تصرفت في النصف ، فلا يكون تصرفها في خالص حقها ، بل يجعل شائعاً في الحقين .

فصل

قال : « فأما في الصداق غيرِ المسمىٰ ، أو الفاسد ، فالبراءة في ذلك باطلة ؛ لأنها أبرأته مما لا تعلم . . . إلىٰ آخره »[3] .

٨٥٣٤ـ إذا نكح المرأة نكاحَ تفويض ، فقد ذكرنا أن لها حقَّ طلب الفرض . فلو قالت : أسقطت حقي عن طلب الفرض ، لم يسقط حقها . فلو أكبّت على الطلب ، فبادر وطلقها ، فقد كُفي الرجل أمر الطلب ، وليس لها إلا المتعةُ قبل الدخول .

---

(١) في الأصل : في .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) ر . المختصر : ٤/ ٣٥ .

٨٥٣٥ـ وإذا طلق الرجل امرأته في نكاح مشتمل على التسمية قبل المسيس ، وحكمنا بأن شطر المهر لا يرجع إلى الزوج إلا باختيار التملك ، فلو قال : أبطلت حقي في التملك ، بطل حقه ، ولا حاجة في ذلك إلىٰ قبول المرأة ، وإن فرعنا علىٰ أن صحة الإبراء تقف على القبول . وسبب هـٰذا أن ثبوت حق التملك يضاهي ثبوتَ حق الشفعة ، ثم حق الشفيع يبطل/ بالإبطال من غير قبول ؛ فإن من يشترط القبولَ في الإبراء يحمله على التمليك . وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق فيما نحن فيه . ١٦٧ ش

هـٰذا قول القاضي فيما نقله عنه من يوثق بنقله ، ويظهر عندي ألا نحكم ببطلان حقه من التملك إذا فرعنا على الوجه الضعيف ؛ وينزل إبطالُ حق التملك منزلةَ إبطال الواهب حقَّه في الرجوع في الهبة ؛ فإنه لو قال : أبطلت حقي في الرجوع ، لم يبطل حقه ، ولغا ما جاء به .

فإن قيل : هلا شبهتم ذلك بالغانم يُبطل حقه عن المغنم ؟ فإنه يَبطُل حقُّه من أجل أنه لم يملك المغنم ، بل ملك أن يتملك . قلنا : لا بأس بهـٰذا السؤال ، ولـٰكن الواهب يملك نقضَ ملكٍ قام للمتهب ، والغانم يُبطل حقَّ تملّكٍ وليس تملّكه نقضاً لملك تام . فهـٰذا تشبيه من طريق الظاهر . والتشبيه بالرجوع في الهبة أعوص ، وذلك أن ملكها تم بالإصداق ، وقد تلقّته من قِبل الزوج ، وإذا أراد الزوج استراداد النصف ، فإنما يسترجع ملكاً تاماً ، فكان تشبيهاً بالرجوع في الهبة .

وهو بعيد عن حق الشفعة ؛ من قِبَل أنه دَفْعُ ضرار ، كالرد بالعيب ، والشفيع داخل علىٰ ملك المشتري ، فكان أصلُ حقه نازحاً عن القياس ، ربطه الشرعُ بدفع الغرر ، فإذا وقع الرضا به ، لم يبعد سقوطه ، ولهـٰذا كان طلبُ الشفعة على الفور على الأصح ، واختيار الزوج التملك ليس بهـٰذه المثابة ، والمسألة علىٰ حالٍ محتملة .

وقد قدمنا في صدر الكتاب تشبيه تملك الزوج بالرجوع في الهبة ، فكان ذلك جرياناً علىٰ أحد الوجهين في الاحتمال .

٨٥٣٦ـ وإذا كان النكاح نكاحَ تفويض ، فإن قلنا : لا تستحق المرأة بالعقد شيئاً ، فلو أبرأت عن المهر ، لم يصح ذلك منها ؛ فإنه إبراء قبل الوجوب . وإذا فرعنا علىٰ

أنها تستحق المهرَ بالعقد ، نُظِر ، فإن كانت عالمة بمهر مثلها ، صح إبراؤها ، وإن كانت جاهلة بمبلغ مهر المثل ، فلا يصح إبراؤها فيما جهلته ، وهل يصح إبراؤها في المقدار المستيقن ؟ فعلىٰ **قولين** .

وبيان ذلك أنها لو استيقنت أن مهرها لا ينقص عن ألف ، وجوّزت أن يبلغ ألفين ، فإذا أبرأت عن مهر مثلها لم يصح إبراؤها عما هي مترددة فيه . وهل يصح إبراؤها عن الألف المستيقن ؟ فعلىٰ ما ذكرناه .

فإن قيل : إذا فرعتم علىٰ أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً ، فهلا جعلتم إبراءها عن مهر المثل إذا علمته بمثابة الإبراء عما لم يجب ، ووُجد سببُ وجوبه ؟ [و][1] في مثل هـٰذا قولان ؟ قلنا : ليس هـٰذا بمثابة إبراء المرأة عن نفقة غدها ؛ فإن النفقة وإن لم تكن واجبة في الحال ، فالنكاحُ يفضي إلىٰ وجوبها/ من غير سببٍ آخر ، فاستمر القولان في مثل ذلك ، ومهر المفوضة علىٰ قولنا : إنها لا تستحق شيئاً بالعقد لا يثبت إلا بسبب سيحدث ، يتعلق إنشاؤه بالاختيار : كالفرض والمسيس . وقد ذكرت قولاً جامعاً في ضمان ما لم يجب في ترتيب **القديم والجديد** ، والإبراءُ عما لم يجب بمثابة ضمان ما لم يجب .

ي ١٦٨

٨٥٣٧ـ ومما يجب التنبه له أن نص **الشافعي** في كتبه يشير إلىٰ أن المفوضة لا تستحق بالعقد شيئاً ، وفي هـٰذا الفصل من نص **الشافعي** ما يدل علىٰ أنها تستحق بنفس العقد المهر ؛ فإنه قال : « **فأما في الصداق غير المسمىٰ أو الفاسد فالبراءة في ذلك باطلة لأنها أبرأته مما لم تعلم** » . فقوله : « الصداق غير المسمىٰ » يشير إلىٰ صورة التفويض . ثم أبطل **الشافعي** الإبراء ، وعلل إبطاله بأنها أبرأت عما لم تعلم . ولو كان الصداق غير واجب بالعقد ، لكان تعليل إبطال الإبراء [بعدم الوجوب][2] ؛ فإن ما لا يجب لا يعلل إبطال إسقاطه بكونه مجهولاً ؛ إذ المجهول ثابت على الجهالة وهـٰذا حسن .

---

(١) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : يعد من الوجوب .

ولـٰكن يتطرق [إليه][(١)] حمل النص علىٰ تعرية النكاح عن ذكر المهر من غير إذن صريح من المرأة في التعرية . وقد ذكرنا أن هـٰذا يقتضي ثبوتَ المهر ، وليس من صور التفويض ، وإنما يلتحق النكاح بالتفويض التام إذا صرَّحت المرأة بالرضا بإسقاط المهر .

والمفوضة لو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق ، لم يصح إبراؤها ؛ لأن ذلك إسقاط ما لم يجب بعدُ ، ولا يخرج على القولين المشهورين في أنَّ ما لم يجب ، ووُجد سبب وجوبه ، هل يصح الإبراء عنه ؟ فإن وجوب المتعة محال على الطلاق الذي سيقع ؛ فليس النكاح سبباً خاصاً في إيجاب المتعة ، وقد ذكرنا هـٰذا في إبرائها عن المهر ، إذا قلنا إنها لا تستحق المهر بأصل العقد .

* * *

(١) في الأصل : إلىٰ .

باب
الحكم في الدخول وإغلاق الباب وإرخاء الستر

قال الشافعي : « وليس له الدخول بها حتىٰ يعطيَها المال. . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٥٣٨ـ للمرأة حبسُ نفسها عن زوجها ، حتىٰ يتوفر الصداقُ عليها كَملاً ، وقد ذكرنا في البيع نصوصاً وأقوالاً في أن البداية [بالتسليم][٢] علىٰ من تجب من البائع والمشتري ؟ فكان الحاصل أربعةَ أقوال : **أحدها** ـ إنه يجب على البائع البداية بتسليم المبيع أولاً .

والثاني ـ إن البداية تجب على المشتري .

والثالث ـ إنهما يُجبَران معاً .

ش ١٦٨ **والرابع** ـ إنهما لا يُجبران ، ولٰكن من بدأ منهما/ بتسليم ما عليه ، أُجبر صاحبه على التسليم حينئذ .

والزوج في النكاح في مقام المشتري ، والمرأة في مقام البائع ، وتجري بينهما ثلاثة أقوال : **أحدها** ـ إنهما يجبران جميعاً إذا تنازعا البداية .

والثاني ـ إنهما لا يجبران ، ولٰكن من بدأ منهما أُجبر صاحبه علىٰ تسليم ما عليه ، فإن بدأت المرأة بتسليم نفسها ، وجب على الزوج بعد تسليمها أن يسوق إليها صداقَها . فإن بدأ الزوج بتسليم الصداق ، وجب عليها أن تسلم نفسها ، إذا لم يكن بها عذر ، كما سنصف المعاذير من بعدُ .

والقول الثالث ـ إنه يجب على الزوج البداية بتسليم الصداق ، ولا يخرّج قولٌ : إنه يجب عليها البداية بتسليم النفس ، وإن كنا ذكرنا قولاً في إيجاب البداية على البائع ، فهي في مقام البائع ومحلِّه ، والفارق أن المرأة إذا بدأت فسَلَّمت نفسها ؛ كان في

---

(١) ر . المختصر : ٤/٣٦ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

تسليمها تفويتُ منفعة البضع علىٰ وجهٍ لا يُفرض الرجوع إليها ، وليس كذلك البائع ؛ فإنه إذا سلَّم ، فلم يَفِ المشتري بتسليم الثمن ، أمكن فرضُ رجوعه إلى المبيع ؛ فإنه لا يفوت عنه بالتسليم .

٨٥٣٩ـ ثم إذا لم نوجب علىٰ واحد منهما البداية ، فَمِنْ حُكْمِ هـٰذا القول أن المرأةَ لا تطالِبُ زوجها بالمهر ، ولا يثبت لها حقُ المطالبةِ به ما لم تُسَلِّم نفسَها ، فإنْ سلَّمت نفسَها ، ووطئها الزوج ، استقر المهر ، وحقت الطَّلبة . وإن مكّنت ، فامتنع الزوجُ ، توجهت الطَّلبةُ بالمهر ، وإنْ لم يتقرر المهرُ ، فيكفيها تسليطُها على الطلب وإن لم يقرر المهر .

ومن لطيف الكلام أنها لو مكنت ، ثم امتنعت وأخذت تطلب ، لم يكن لها الطلب ؛ فإنها عادت إلىٰ منع البداية ، والذي جرىٰ منها لم يكن بداية تامة . فبين التقريرِ واستقرارِ الطلب بالمسيس ، وبين تفويت حق الطلب مرتبةٌ يفهمها الفطن . ثم هـٰذه المرتبةُ شرطُها أن تستمر المرأةُ على التمكين منها ولا تُبدي إباءً .

وإذا قلنا : إنهما يجبران ، فتصوير ذلك : أن يؤخذ الصداقُ من الزوج ويوضعَ علىٰ يديْ عدل ، ثم تُجبرُ هي علىٰ تسليم نفسِها ، فإذا سلَّمت نفسها سُلِّمَ الصداقُ إليها .

والذي نراه في ذلك أنها إذا سلمت ، فلم يأتها الزوج ؛ فعلى العدل تسليم الصداق إليها على القاعدة المقدمة . ولو قدّرنا تسليم الصداق إليها في هـٰذا المنتهىٰ ، فهَمَّ الزوجُ بوطئها ، فامتنعت ، فالوجه استرداد الصداق منها .

وإذا قلنا : الزوج يجبر على البداية بتسليم الصداق ، وتملك المرأةُ الابتداءَ بطلب الصداق ، فذلك/ إذا كان يتأتىٰ منها التمكين ، فأما إذا كانت علىٰ حالةٍ لا يتأتىٰ من الزوج قِربانها ، فلا تملك مطالبةَ الزوج بالمهر ؛ فإن تسليم الصداق يجب أن يكون واجباً حيث يتأتىٰ [منها][1] استيفاءُ ما يقابل الصداق . ١٦٩ ي

وإذا قلنا في البيع يبدأ المشتري بتسليم الثمن ؛ فإنما يجب ذلك إذا كان البائع قادراً

---

(١) في الأصل : من .

علىٰ تسليم المبيع . فلو كان أبِق العبد بعد البيع ، فالمشتري لا يطالَب بالثمن ؛ فإن الثمن لا يجب وجوبَ قِيم المتلفات ، وإنما يجب عوضاً ، ووضع العوض يقتضي ـ وإن وقع البداية به ـ أن يقابل معوّضه .

٨٥٤٠ـ ولو وفّر الزوج الصداق على المرأة ، فالقول في ذلك ينقسم ، فإن أوجبنا عليه البداية ، فذلك حيث يتصور منها التمكين ، فإذا امتنعت ، استرد ما سَلَّم .

وإن لم نوجب عليه البداية ، فتبرع وبدأ ، فامتنعت عن التمكين ، لم يسترد الزوج ، بل أُجْبرت على التمكين . وإن تبرع بتسليم الصداق وهي معذورة ، ثم بدا له في الاسترداد ، فهل له أن يسترد ؟ ذكر **القاضي وجهين** : **أحدهما** ـ له الرجوع ؛ لأنه سلَّمَ في وقت لا يلزمه التسليمُ فيه ، والامتناع قائم ، وهـٰذا وجه ضعيف . والأصح : أنه لا ينتزع ما سلم إليها ؛ لأنه تبرع بالتسليم ، فالرجوع بعد التبرع لا وجه له .

وإذا كان يذكر وجهين في المعذورة ، فيتجه ذكرهما أيضاً في التي لا علة بها ، بل تلك أَوْلىٰ ؛ من جهة أن تسليم الزوج يحمل علىٰ توقع تمكينها ، وإن كان متبرعاً . وإذا سلم وهي معذورة ، فهـٰذا أبعدُ من الانتزاع ؛ فإن التسليم جرىٰ مع توطين النفس على امتناع الوطء .

ولو نظم ناظمٌ هـٰذا على العكس ، لاتجه . فيقول : إن كانت معذورة فسَلَّمَ مع العلم بعذرها ؛ لم يرجع . وإن لم تكن معذورة وأراد الرجوع ، **فوجهان** . وكل هـٰذا خبطٌ .

والوجه : القطع بأنَّ المتبرع بالتسليم لا يرجع . فهـٰذا تمام البيان في هـٰذا الفن .

٨٥٤١ـ ثم إذا ساق الزوج الصداق ، فعليها التسليم ، فإذا استَمْهَلَت ، أُمْهِلَت ريثما تستعد وتتهيأ ، ثم ذكر **الأصحاب** أن منتهى المَهَل ثلاثة أيام ؛ فإن الاستعداد ممكن في هـٰذا القدر من الزمان . وهـٰذا الذي ذكروه تقديرٌ ، ولا سبيل إلى التقدير من غير توقيف .

والذي يجب التثبت فيه : أن معظم ما يعتقده الناس استعداداً لا حاجة إليه ، وإنما المعنيّ بالاستعداد في الشرع أن تهيّىء بدنَها بتنظف لا يكاد يخفىٰ ، وما عداه لا اكتراث

به ، فعلىٰ هـٰذا يقرب الزمان ، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال والأشخاص .

٨٥٤٢ـ ثم/ ذكر **الشافعي** أن الصغيرة التي لا تطيق الجماع لا تسلّم إلىٰ زوجها ، ١٦٩ ش وكذلك لو كانت مريضة مرضاً يضرُّ بها الوقاعُ ضرراً بيّناً ، فالأمر علىٰ ما ذكرناه .

وإن كان لا يضرّ بها الوقاع ، وجب تسليمها إلى الزوج . ولو قال الزوج : سلموها إليَّ وإن كان بها مانع ، وأنا أنكفّ عنها ، لم تسلم إليه وإن كان موثوقاً به ؛ فإنَّ نزقات النفس ونزغات الشيطان لا تؤمن ، ولذلك حرم الله تعالى استخلاء الرجل بأجنبية ، وإن كان أعدلَ البريّة وأتقاهم .

وإن كانت حائضاً ، وجب تسليمها ، فإنه ينتفع بها علىٰ وجوه . ولا خلاف أن الزوج إذا حاول من زوجته الحائض الاجتماع معها في شعار ، وطلب ضمّاً والتزاماً ، فليس لها أن تمتنع ، ولو جاز لها أن تمتنع ، لوجب على الزوج أن يمتنع ، وهـٰذا علىٰ ظهوره ليس بالهين ، ويعارضه القول في المريضة ، فإن الزوج قد يستمتع بها من وجوه ، وقد يهوىٰ لقاءها ثم لا يؤتمن عليها .

وعن عائشة أنها قالت : « كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخميلة فحضت ، فانسللت ، فقال : مالكِ ، **أَنُفستِ** ؟ قلت : بلىٰ يا رسول الله ، قال : **خذي ثياب حيضتكِ وعودي إلىٰ مضجعك** ، ونال مني ما ينال الرجل من امرأته إلا ما تحت الإزار »[1] . وقد يدور في الخلد أن هـٰذا كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثابة تقبيله نساءه وهو صائم . قالت عائشة : « **كان رسول الله صلى الله عليه**

---

(١) حديث عائشة بهـٰذا اللفظ (ما عدا قوله : ونال مني ما ينال الرجل من امرأته إلا ما تحت الإزار) رواه مالك في الموطأ ، والبيهقي في السنن ، وقد أنكر النووي هـٰذه الزيادة ، وقال : غير معروفة في كتب الحديث . ولـٰكن هـٰذا المعنىٰ في الصحيحين ، من حديث عائشة أنها قالت : « كانت إحدانا إذا كانت حائضاً ، أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتأتزر بإزارها ثم يباشرها » واللفظ لمسلم . (ر . الموطأ : ١/ ٥٨ ، والسنن الكبرىٰ : ١/ ٣١١ ، والبخاري : كتاب الحيض ـ باب مباشرة الحائض ، حديث رقم : ٣٠٢ ، ومسلم : كتاب الحيض ـ باب مباشرة الحائض فوق الإزار ـ رقم : ٢٩٣ ، وتلخيص الحبير : ١/ ٢٩٤ حديث رقم : ٢٣١) .

وسلم **يُقَبِّل إحدانا وهو صائم ، وكان أملككم لإرْبِه »**[(١)] . بأبي هو وأمي ، ولـٰكن لا ينبغي أن يتمارى الفقيه في جواز استخلاء الزوج بزوجته وهي حائض .

فإن قيل : ما الفرق بين الحائض والمريضة ؟ قلنا : المرعيُّ في حق المريضة خيفةُ الإضرار بها ؛ فلها أن تمتنع ، ولولي الصغيرة أن يمنعها ، وتحريم وقاع الحائض يتعلق بحق الله تعالىٰ ، والوازع من الهجوم على المحرمات الوعيد ، فإذا كان [الحِلّ][(٢)] قائماً بالنكاح ، وكان الوطء محرماً ، وقع الاكتفاء بإيضاح التحريم .

ولو رضيت المريضة بأن يخلو بها زوجها ، لم يحرم عليه أن يستمتع بها استمتاعاً لا يضر . ولو عرفت المرأة أن الزوج يغشاها في الحيض ، ولا يراقب الله تعالىٰ فيها لو استخلىٰ بها ، فهل لها أن تمتنع ؟ هـٰذا فيه تردد ، وليس يبعد تجويز ذلك لها ، أو إيجاب ذلك عليها ، والعلم عند الله تعالىٰ .

٨٥٤٣ـ ثم إذا ثبت أن للمرأة أن تمتنع عن الوطء حتىٰ يتوفر عليها صداقها ، فلو مكَّنت ، فأتاها الزوج ، ثم أرادت بعد جريان الوطء أن تمتنع حتىٰ يتوفر عليها الصداق ، لم يكن لها ذلك ؛ فإنَّ/ الوطأة الواحدة بمثابة وَطْآت العمر في تقرير الصداق ، فليس لها بعدها امتناع ، خلافاً **لأبي حنيفة**[(٣)] ؛ فإنه جوَّز لها الامتناع بعد الوطأة الأولىٰ . ي ١٧٠

ولو وطىء الزوج قهراً من غير مطاوعة ، فمهرها يتقرر ، فلو أرادت الامتناع ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ لها ذلك ؛ فإنها لم تطاوع ، والامتناع ممكن .

والثاني ـ ليس لها ذلك ؛ لأن مهرها قد تقرر ، وانتهىٰ إلىٰ حالة لا يتعرض بعدها

---

(١) حديث عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل بعض نسائه وهو صائم . . . » متفق عليه (ر . البخاري : كتاب الصيام ـ باب القبلة للصائم حديث رقم : ١٩٢٩ ، ومسلم : كتاب الصيام ـ باب بيان أن القبلة في الصوم ليست محرمة ـ حديث رقم : ١١٠٨) .
فائدة : يجوز في ضبط همزة (أَرَبه) الفتح والكسر فقد جاءت الرواية بهما (ر . النهاية في غريب الحديث لابن الأثير) .

(٢) في الأصل : الحد .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٨٨ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٢٨٥ مسألة رقم : ٧٦٩ .

[للسقوط][1] ، فصار كما لو طاوعت ، واسترجاع ما جرىٰ غير ممكن ، وليس كما لو اغتصب المشتري المبيع ـ علىٰ قولنا : للبائع حق الحبس ـ فإن المبيع [إن][2] أمكن استردادُه ، [استرد][3] ورُدَّ إلىٰ يد البائع حتىٰ يتوفر الثمن عليه .

٨٥٤٤ـ ثم ذكر **الشافعي** بعد ذلك **فصلين** من كتابين : **أحدهما ـ** النفقة ، فإذا قالت المرأة لزوجها : مهما[4] سقت إليَّ صداقي مكَّنتُكَ ، ثبتت نفقتها . ولو سكتت ولم تتعرض لذلك ، ففي ثبوت النفقة **قولان** .

ثم تعرض لاختلاف القول في نفقة الصغيرة ، وكل ذلك يأتي على الاستقصاء في كتاب النفقات إن شاء الله عز وجل .

٨٥٤٥ـ والفصل الثاني في الإفضاء[5] ، فإذا أتى الزوج زوجته فأفضاها ، فالقول في تصوير الإفضاء وفي موجبه يأتي في كتاب الديات ـ إن شاء الله عز وجل ـ وحظّ هـٰذا الباب منه أن الزوج لا يُمَكَّن من غشيانها بعد ذلك ما لم يندمل مارِنُها[6] ، فإن زعمت أنها لم تستبلّ[7] بعدُ ، فلا رجوع إلا إليها وإن طال الزمان ، فلا وجه إلا تصديقها مع يمينها ، إلا أن يفرض إمكان الاطلاع . فإن كان كذلك ، فللزوج أن يأمر أربعاً من النسوة الثقات حتىٰ يطّلعن ويخبرن بحقيقة الحال ، فإذا أخبرن بأنها قد بَرَأَت ، مُكِّن الزوج من وطئها .

---

(١) في الأصل : المسقوط .
(٢) زيادة لاستقامة العبارة .
(٣) في الأصل : فاستردّ .
(٤) « مهما » : بمعنىٰ (إذا) .
(٥) الإفضاء : المراد به هنا ، هو أن يجامع الرجل امرأته ، فيهتك الحاجز بين المسلكين فيجعلهما واحداً ، وقيل : جعل سبيل الحيض والغائط واحداً (المصباح ، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي) .
(٦) المارن : المراد به هنا الغضروف الحاجز بين المسلكين ، وأصله : ما لان من الأنف . (المعجم) .
(٧) تستبلّ : أي تشفىٰ وتتعافىٰ .

فصل

قال : « وإن دخلت عليه ، فلم يمسها حتىٰ طلقها . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٥٤٦ـ المقصود [بالكلام][٢] خَلوة الرجل بامرأته ، وأنها هل تقرر الصداق من غير مسيس ؟ وهل توجب العدة ؟ فالمنصوص عليه **للشافعي** في **الجديد** : أن الخَلوة لا تقرر ولا توجب العدة ، ولا يتعلق بها حكم .

وقال في **القديم** : الخَلوة [تقرر المهر ، وتوجب العدّة][٣] ، ثم اختلف **الأئمة** في تنزيل القول **القديم** ، فقال قائلون : الخلوة في **القديم** تنزل منزلة الوطء في تقرير المهر وإيجاب العدة ، وتوجيه القولين مذكور في طيول المسائل .

وكنت أود أن يختص جريان القولين بتقرير المهر ؛ من قِبل أنَّ تمكُّن المستحق من حقه في المعاوضات إن كان [ينزل][٤] منزلة استيفاء ذلك الإنسان حقَّه ، فلا وجه مع هـٰذا لإحلال الخَلْوة محل الوطء في إيجاب العدة المتعلقة بما يشغل الرَّحِم ، ولـٰكن لم يصر إلىٰ هـٰذا/ أحد من **الأصحاب** ، بل من أجرى القولين أجراهما في التقرير وإيجاب العدة جميعاً . ش ١٧٠

ولما قال **أبو حنيفة**[٥] : الخَلوة تقرر المهر ، قضىٰ بأنها توجب العدة ، غيرَ أنه قال : إذا فرض طلاق بعد الخَلوة ، واستقبلت المرأة العدة ، فليس للزوج حقُّ الرجعة ، وقُطع **أئمتنا** بثبوت الرجعة تفريعاً علىٰ **القديم** ؛ فإن الرجعة عندنا لا تنقطع إلا [باستيفاء][٦] العدة ، أو استيفاء العدد ، أو وقوع الفراق علىٰ عوض .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٣٧ .
(٢) في الأصل : الكلام .
(٣) في الأصل : « في القديم : الخلوة ثم توتر ثم اختلف الأئمة . . . » كذا بهـٰذا الرسم ، وهـٰذا النقط (انظر صورتها) والمثبت من مختصر العز بن عبد السلام .
(٤) في الأصل : نزل .
(٥) ر . مختصر الطحاوي : ٢٠٣ ، مختصر اختلاف الفقهاء : ٢/ ٣٤٨ ، والمبسوط : ٥/ ١٤٨ .
(٦) في الأصل : بانتفاء .

ثم قال **أبو حنيفة** : الخَلوة إنما تقرر المهر إذا لم يكن في المرأة مانع من الوطء شرعاً ، كالحيض ، والنفاس ، والإحرام ، وصوم الفرض . واختلفت الرواية في صوم التطوع .

ثم قالوا : الخَلوة بالرتقاء والقرناء تقرر المهر وإن كان الوطء ممتنعاً طبعاً بحيث لا يتصور وقوعه . فهـٰذا بيان اضطراب مذهبه .

٨٥٤٧ـ وقد ذهب **المحققون** من أئمتنا إلىٰ أن الخَلوة بالرتقاء لا تقرر المهر ؛ فإنه لا معنىٰ لها ؛ فإن الخَلوة إن نزلت منزلة الوطء ؛ من حيث إنها تشتمل على التمكين من الوطء ، فهـٰذا غير ممكن في الخَلوة بالرتقاء ، ولا أثر للخَلوة بها ، والكَوْنُ معها في الملأ كالكون معها في الاستخلاء ، فأما الخَلوة بالحائض والنفساء ؛ فمال **القفال** إلىٰ مساعدة أصحاب **أبي حنيفة** في أن الخَلوة لا تقرر مع هـٰذه الموانع الشرعية وإن كان الوطء ممكناً ، هـٰذه طريقة الأئمة في الخَلوة .

ومن **أصحابنا** من قطع بأن الخلوةَ لا تقرر المهر ، ولا توجب العدة ، وزعم أن **الشافعي** تردد قوله في **القديم** في أن الخَلوة إذا جرت ، وادعت المرأة الوطء فيها ، وأنكر الزوج ؛ فمن المصدَّق ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أن المصدَّق الزوج ؛ فإن الأصل عدم الوطء . **والثاني** ـ القول قول المرأة مع يمينها ، فإن الظاهر جريان الوطء في الخَلوة ، فإن أنكر منكر هـٰذا ، قلنا له : الخَلوة في ادعاء الوطء كاليد في ادعاء الملك . والعلم عند الله تعالىٰ .

* * *

باب
المتعة

قال الشافعي : « جعل الله عز وجل المتعةَ للمطلقات . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٥٤٨ـ المتعةُ اسم لمقدارٍ من المال يسلمه الزوج إلىٰ زوجته إذا طلقها ، وقد يسمَّى المتاع . وأمتع الحسنُ زوجةً طلقها اثني عشر ألف درهم ، فقالت : « متاع قليل من حبيب مفارق »[٢] . والأصل في الباب قوله تعالىٰ : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وقال تعالىٰ : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌ﴾ [البقرة : ٢٤١] . وشهدت الأخبار وأجمعت الأمة على المتعة .

والكلام في **ثلاثة فصول** :

[الفصل الأول]

٨٥٤٩ـ في تفصيل المطلقات ، وهن ثلاثة أقسام : مطلقة لم يفرض لها ولم يتّفق الدخول بها ، فهي تستحق المتعة ، ونصُّ القرآن شاهد فيه ، قال تعالىٰ : ﴿مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة : ٢٣٦]/ والإجماع منعقد على استحقاقها للمتعة في هـٰذه الحالة . ي ١٧١

والمطلقة الأخرىٰ : هي التي فرض لها الصداق ، وطلقت قبل المسيس ، فلها نصف المفروض أو نصف المسمىٰ في أصل العقد ، ولا متعة لها في ظاهر المذهب . وتقسيم القرآن أصدق شاهد فيه ، فإنه تعالىٰ لما ذكر المتعة في حق التي لم تُمس ، ولم

(١) ر . المختصر : ٣٨/٤ .

(٢) خبر إمتاع الحسن بن علي رضي الله عنهما في متعة إحدىٰ نسائه ، رواه البيهقي : ٢٥٧/٧ ، والدارقطني : ٣٠/٤ ، ٣١ وضعفه صاحب التعليق المغني ، وابن أبي شيبة : ١٥٦/٥ ، ومقدار المتعة عند البيهقي عشرون ألفاً ، وعند الدارقطني وابن أبي شيبة عشرة آلاف ، ولم يَرْوِ واحدٌ منهم أنها كانت اثني عشر ألفاً ، كما قال الإمام .

يفرض لها ، قال في الآيات التي تلي هـٰذه ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] فدل فحوى الخطاب علىٰ أنَّ المتعة ونصف المفروض يتعاقبان على التبادل .

والمطلقة الثالثة : هي التي استقر لها مهر بالمسيس ، ثم طلقها زوجها ، ففي وجوب المتعة لها **قولان** : **أحدهما** ـ إنها لا تستحق المتعة ، وهو المنصوص عليه في **القديم** ، وبه قال **أبو حنيفة** . ووجهه أنه قد سلم لها المهر ، ولا متعة مع المهر . ونصف المسمىٰ في مقابلة العقد ، كتمام المسمىٰ ، أو كتمام مهر المثل بعد المسيس ، فإذا كانت المتعة تَسقُط بسبب وجوب نصف المسمىٰ أو المفروض قبل المسيس ، فلأن تسقط إذا وجب جميع المهر على الاستقرار أولىٰ .

والقول الثاني ـ وهو المنصوص عليه في **الجديد** : إنها تستحق المتعة ؛ لأن ما سلّم لها من المهر في مقابلة منفعة البضع ، لا في مقابلة العقد والطلاق .

وإذا جمعنا المطلقات وأردنا نظم الأقوال فيهن ، انتظمت **ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ إنه لا متعة إلا للتي طُلِّقت قبل المسيس ولم يفرض لها ، وهي المفوّضة .

والقول الثاني ـ إن لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها ولم تُمس ، فاستحقت نصف المهر عند الطلاق .

والقول الثالث ـ إن لكل مطلقة متعة من غير استثناء ، وهـٰذا القائل يلتزم إثبات المتعة للمطلقة قبل المسيس ، وإن فرض لها واستحقت نصف المفروض ، وهـٰذا بعيد مخالف لظاهر التقسيم في المتعة والفرض .

الفصل الثاني

٨٥٥٠ـ يشتمل على الكلام فيما يوجب المتعة ، وما لا يوجبها من أقسام الفُرَق ، فنقول :

أما الفُرقة الحاصلة بالموت ؛ فإنها لا توجب المتعة وفاقاً ، والميراث كافٍ ، وكأنَّ المتعة أُثبتت لمستوحشةٍ بالطلاق ، والتي مات عنها زوجها متفجعةٌ غيرُ مستوحشةٍ .

فأما ما يجري من الفراق في الحياة ؛ فقد قال **الأئمة** : كل فُرقة تصدر عن جهتها ، إمّا بأن تُنشئَها ، أو يصدرَ منها سببٌ يتعلق به ارتفاعُ النكاح ، فلا تناط به المتعة . وما يصدر من الزوج لمعنىً فيها ، كالفسخ بالعيوب ، فإنه لا يتعلق به المتعة .

وأما ما ينفرد به الزوج لا لمعنىٰ فيها ، فيتعلق به استحقاق المتعة ، ومن جملة ذلك الطلاق ، ومنها ارتداد الزوج وإسلامه .

ش ١٧١ وقد نص **الشافعي** علىٰ أن الإسلام من الزوج يوجب المتعةَ/ ، ذَكَرهُ في آخر كتاب المشركات . والخلعُ ، وإن كان يتعلق بها ، فالأصل فيه الزوج . وإذا فوض الطلاقَ إليها ، فهو كما لو طلقها بنفسه ؛ فإن عبارتَها مستعارة ، وكأنَّ الزوج هو المعبِّر ، فالفراق المنوط باللعان يثبت المتعة ، فإنه مما ينفرد الزوج به ، ولا يتوقف حصول الفراق علىٰ لعانها .

وإذا وقع الفراق بفعلٍ من غير الزوجين ، مثل أن ترضع امرأتُه [الزّوجةَ][١] الرضيعة إرضاعاً مفسداً ، فهـٰذا يوجب المتعة .

٨٥٥١ـ والضبط الجامعُ أن كل ما لو جرىٰ قبل المسيس ، لم يسقط به المهر المسمىٰ ، بل تَشَطَّر ، فهو من موجبات المتعة ، وكل ما يتضمن سقوطَ جميع المسمىٰ لو جرىٰ قبل المسيس ، فلا تتعلق المتعة به . ثم إذا تعلقت المتعة بفُرقةٍ من الفُرق ، فتجري فيها الأقسام الثلاثة المذكورة في الطلاق لا محالة ، وعلينا في هـٰذا القسم أن نُلحق [كل][٢] فرقة من الفُرق بالطلاق ، ثم فيها الأقسام الثلاثة والأقوال الثلاثة . وما قطعناه عن مضاهاة [الفُرق][٣] ، فإنا نحكم فيه بأنه لا تتعلق المتعة به ، كيف فُرض ، وصُوِّر ، [وعلىٰ][٤] أيةِ حالةٍ قُدِّر .

ولا استثناء في شيء مما ذكرناه إلا في مسألة واحدة وهي : إذا اشترى الزوج زوجته ، فالمذهب أن هـٰذه الفُرقة تُشطِّر الصداق ، ولا تتعلق بها المتعة ؛ فإنَّ المتعة

---

(١) في الأصل : المزوّجة .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في الأصل : الفراق .
(٤) في الأصل : وأعلىٰ .

لو وجبت ، لوجبت مع الفراق لمنْ يحصل الفراق في ملكه . فإذا اشترىٰ زوجته ، فقد ملك رقبتها ، فلو وجبت المتعة لوجبت له ، ويستحيل أن يجب له علىٰ نفسه شيء .

٨٥٥٢ـ ونقول على الاتصال بهٰذا ، المتعة تجب بالفراق ، ولا يتقدم وجوبها عليه ، فلو زوّج السيدُ أَمَةً مفوِّضة ، ثم باعها ، فطُلقت في ملك المشتري ، فالمتعة للمشتري ؛ لأنَّ الطلاق هو الموجب للمتعة ، وقد جرىٰ في ملك المشتري ، [فهذا][1] قاعدة المذهب في الفُرق التي تقتضي المتعة والتي لا تقتضيها .

٨٥٥٣ـ وقد نقل **المزني** أنها إذا فسخت النكاح بعيب العُنَّة [لها المتعة][2] ، وقد أجمع **الأصحابُ** علىٰ تغليطه ، وصادفوا هٰذه المسألةَ منصوصةً للشافعي على العكس مما نقل .

وغلط **بعضُ المصنفين** ، فقال : لا متعة في الخلع لتعلق الفراق بها ، وهٰذا خطأ، بدليل أن الخلع يشطّر الصداق ، [ونَقَل عن **الأصحاب**][3] تردّدَهم فيه إذا ارتد الزوجان معاً ، وتردَّدَهم فيما إذا اشترت الزوجة زوجَها المملوك . نعم ، إن جعلنا الخلع فسخاً ، فمن **أصحابنا** من تمارىٰ في التشطير ، فيليق بهٰذا القول ترديدُ الوجه في المتعة.

وغَلِطَ طوائفُ من **الأصحاب** في شراء الزوج زوجته ، فحكَوْا أن المتعة تجب للبائع على المشتري ، وقد رمز إليه **الصيدلاني** ، وهٰذا عندي ليس من غلط الفقه ، بل هو خللٌ في الفكر ؛ فإن من صار إلىٰ هٰذا بين أمرين كلاهما محال ، إن قال : تجب المتعة قبل الفراق ، كان رادّاً للإجماع . وإن قال : تجب مع الفراق ، والفراق/ يحصل مع الملك ، ثم المتعة تجب للبائع ، فهٰذا مستحيل وإن وجبت متعة ، علىٰ نفسه [النفسه][4] كان هٰذا كلاماً متناقضاً . فهٰذه غلطات نبهنا عليها بعد طرد المذهب على السداد .

١٧٢ ي

---

(١) في الأصل : في هٰذا .
(٢) ساقط من الأصل . والمثبت من المختصر ، ونص عبارته : « وأما امرأة العنين ، فإن شاءت أقامت معه ، ولها عندي متعة » والله أعلم . (ر . المختصر : ٤/٣٩) .
(٣) زيادة من المحقق لاستقامة العبارة .
(٤) في الأصل : فإن وجبت علىٰ نفسه ، كان هٰذا .

الفصل الثالث
في قدر المتعة

٨٥٥٤ـ ولا [قدر][(١)] عندنا لأقلها ، ولا لأكثرها ، وهي موكولة إلى اجتهاد الحاكم ، ثم هي تختلف باختلاف الأحوال علىٰ ما سنصفه ، ونذكر ما بلغنا من قول **الأصحاب** نقلاً ، ثم نرجع ، فنبحث .

ذكر **العراقيون وجهين** في تقدير المتعة : **أحدهما ـ** أن أقل المتعة ما يتمول ، فلو أمتعها الزوج بأقل ما يتمول ، فقد خرج عما عليه .

وهـٰذا القائل يقول : ما صح أن يكون صداقاً ، صح أن يكون متعة في كل صورة .

والوجه الثاني ـ وهو الصحيح ـ أن تقديرها إلى الحاكم واجتهاده ، وليس كالصداق ؛ فإنَّ الصداق على التراضي ، فكان كالأثمان ، والمتعة أمر معتبر يفرض ثبوته في وقت التنازع ، فيجب أن يكون له أصل يفرضُ الرجوع إليه ، ونصُّ القرآن شاهد فيه ؛ فإنه عز من قائل قال : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

ثم فرعوا على الوجهين ، فقالوا : إن اكتفينا بأقلِّ ما يتموّل ، فلا كلام ، وإن أحلناه على اجتهاد الحاكم ، فالحاكم يَعتبر ماذا ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ** أنه يعتبر حالَ الزوج لا غيرَ في اليسار والإعسار ، ولا ينظر إلىٰ حالها ، فيقول : زوجٌ في حالِ زيدٍ ويسارِه ، كم يكون أقل متعة منه في العادة ؟ فيبني الأمرَ علىٰ هـٰذا ، قالوا : وهـٰذا اختيار **أبي إسحاق المروزي** .

والوجه الثاني ـ أنه يعتبر حالها ، فيقول : امرأة في مثل حال هـٰذه بكم تُمَتَّع في العادة في أقل ما يُفرض ؟ ولا يعتبر حال الرجل ، وهـٰذا الوجه مخالف لظاهر القرآن ؛ فإنَّه تعالىٰ قال : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وقال **الإمام والدي** : يعتبر في ذلك حالهما جميعاً ، فيقال : مثل هـٰذا الرجل ما أقلُّ **ما** يمتِّع به مثلَ هـٰذه المرأة ؟

---

(١) في الأصل : تقدر .

٨٥٥٦ـ هٰذا تردُّدُ **الأصحاب** ، وليس فيما ذكروه تحويمٌ على المقصود ، فضلاً عن الإخلال ، وذلك أنه ما لم يبِنْ موقعُ المتعة ومنزلتُها لا يمكن أن يعتبرَ فيها ما ذكره **الأئمة** ؛ فإنَّ الإنسان يختلف ما يبذله إذا اختلف جهاتُ المبذول ، فما لم يَبِنْ محلُّ المتعة ، أعِوضٌ هي أم مِنْحة ؟ لا يظهر . وقد اتفق **المحققون** علىٰ أن المتعة لا يبلِّغها القاضي نصفَ المهر ، وسبب هٰذا بيِّنٌ ؛ فإنها تجب حيث لا يجب نصف المهر ، وكأنا نقنع بما يقلّ عن شَطر المهر إذا لم يحتمل الحالُ شَطْر المهر ، فليتخذ الناظر هٰذا أصلَه .

قال **القفال** : لا تبلغ المتعةُ نصفَ المهر ، كما لا يبلغ التعزيرُ الحدَّ ، والرضخُ السهمَ ، والحكومةُ الدِّيةَ .

وقال **الشافعي في القديم** : أستحب المتعةَ قدر ثلاثين درهماً ، وإنما استحب ذلك/ لأثر ورد عن ابن عمر[1] . وقال **الشافعي** في بعض كتبه : ينبغي أن يفرض القاضي فيها مِقْنعةً أو ثوباً أو خاتماً . وقال **القاضي** : أي شيء فرضه بعد ما كان متمولاً جاز . ١٧٢ ش

٨٥٥٦ـ هٰذا ما بلغنا من كلام **الأئمة** .

والذي يلوح لنا فيه بعد بناء الأمر علىٰ حطّ المتعة عن نصف المهر أن المتعة كاسمها إمتاعٌ وإتحافٌ يسدّ ممّا تداخلها من الفراق مسداً ، وليس في الإمتاع عادةٌ مطردةٌ في الناس ، حتىٰ نرجعَ إليها من غير قاضٍ رجوعَنا إلى العادات ، في القبوض والأَحراز ، وأمورٍ في المعاملات ، فهٰذا يتعلق بنظر القاضي ، حتىٰ يَفْرِض قدراً يراه لائقاً ، ثم يختلف هٰذا بالإعسار واليسار ، ثم لا ضبط للتقدير ، [في التعزير][2] ؛ فإن التقدير يختلف باختلاف أحوال الناس في عرامتهم[3] وشراستهم ، فرب صاحبِ عَبْرة[4] يكفيه

---

(١) حديث ابن عمر ، رواه البيهقي موقوفاً . (ر . السنن الكبرىٰ : ٧/ ٢٤٤ ، والتلخيص : ٣/ ٣٩٢ ح ١٦٨٥) . هٰذا وفي نسخة الأصل « حديث عمر » .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) عرامتهم : أي عنفهم وشدّتهم ، وشراستهم .

(٤) عَبْرة : أي : دمعة . والمعنىٰ رقيق القلب سريع الفيئة .

[تبكيتٌ][(١)] ، ورب [عَرِمٍ][(٢)] خبيث ، لا يردعه إلا الكثير من [التعزير][(٣)] ، ثم الحد مردٌّ لاعتبار التعزيزات ؛ فإنها توقيفات الشرع .

فإن قال قائل : إذا كان المقصود من التعزير [التأديب][(٤)] والردع ، فمن وصفتموه لا يرتدع ؟ قلنا : إن لم يرتدع ، فسيعود ، وإن عاد ، عُدنا ، والإمام أقدر علىٰ معاقبته ، ويدُه على الرقاب ، وهو تحت ضبط الإمام .

وما ذكره **العراقيون** من أن الزوج لو أمتعها بأقلِّ ما يتمول ، جاز ، خارجٌ عن القانون . وما ذكره **القاضي** من ذكر أقل ما يتمول مضافاً إلى اجتهاد الحاكم ، محمول عندي علىٰ ما إذا كان [حال][(٥)] الزوج تقتضي هـٰذا ، فلا نظن به علىٰ علو قدره أن يجوّز إثباتَ أقلِّ ما يتمول من غير رجوع إلىٰ مستند ، ثم يربط ذلك باجتهاد الحاكم . هـٰذا ما عندنا في ذلك ، وقد مهدنا المطالب ، والرأي فوضىٰ[(٦)] .

٨٥٥٧ـ ومما أجريناه في الكلام ، نصفُ المهر ، وهو المعتمدُ الفقيه ، فإن لم يكن في النكاح مسمىٰ ، فالمعتبر نصف مهر المثل ، وإن كان في النكاح مسمىٰ ، وفرّعنا علىٰ أن المدخول بها تستحق المتعة ؛ فننظر في المتعة ونصفِ مهر المثل ، أو ننظر في المتعة وهو نصف المسمىٰ ، هـٰذا محتملٌ : يجوز أن يكون الرجوع إلىٰ نصف مهر المثل ؛ فإن المسمىٰ متعلقه التراضي ، والأصل الذي لا تعلق له بالتراضي هو مهر المثل ، ويكون رضاها بأقلَّ من مهر المثل عن مسامحة ، هـٰذا هو الأشبه ، والعلم عند الله تعالىٰ .

* * *

---

(١) في الأصل : تنكيت .

(٢) في الأصل : « عُرة » وهو تصحيف .

(٣) في الأصل : الغزير .

(٤) زيادة لاستقامة الكلام .

(٥) في الأصل : « اختار » (هكذا بهـٰذا الرسم والنقط) ولم أدر لها وجهاً . والمثبت تصرف منا .

(٦) فوضىٰ : أي مشترك ، من قولهم : مالهم ومتاعهم فوضىٰ بينهم : إذا كانوا شركاء فيه ، يتصرف كل واحد منهم في جميعه بلا نكير . (المعجم) .

باب
الوليمة والنثر

قال الشافعي : « والوليمة التي تعرف وليمة العُرس . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٥٥٨ـ أبان أن الوليمة تنطلق علىٰ كل مأدبة في إملاكٍ ، أو نفاسٍ أو خِتان ، أو حادثِ سرور ، ولٰكنها شُهرت بما يتخذ في العرس ، وقد روي : « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ترك الوليمة في حضر ولا سفر** »[(٢)] . وروي « **أنه أولم علىٰ صفية بسويق وتمر في السفر** »[(٣)] **ودخل عليه عبدُ الرحمـٰن بنُ عوف وعلىٰ ثوبه أثر الصفرة/ فقال : « مَهْيَم »** . وهـٰذه كلمة تستعمل في [الاستفهام][(٤)] رآها **البصريون** من الأصوات كصه ، ومه ، وحيهلا ، [وهيهات][(٥)] ، وقال **الكوفيون** معناه : ما هـٰذا ؛ ١٧٣ ي

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٣٩ .

(٢) حديث « أنه صلى الله عليه وسلم ما ترك الوليمة في حضر ولا سفر » لم نصل إلىٰ حديث بهـٰذا اللفظ ، ولـٰكنه مأخوذ من عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته حيث أولم في السفر علىٰ صفية كما ذكر الإمام ، ووفيناه بذكر روايته في التعليق الآتي بعد هـٰذا مباشرة .

(٣) حديث « أنه أولم علىٰ صفية بسويق وتمر » رواه أحمد : ٣/ ١١٠ ، وأبو داود : كتاب الأطعمة ، باب في استحباب الوليمة عند النكاح ، ح ٣٧٤٤ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في الوليمة ، ح ١٠٩٥ ، والنسائي الكبرىٰ : كتاب الوليمة ، باب الوليمة في السفر ، ح ٦٦٠١ ، وابن ماجة : كتاب النكاح ، باب الوليمة ، ح ١٩٠٩ ، وابن حبان : ٦/ ١٤٦ ، ح ٤٠٥٢ . وكلهم من حديث أنس ، وفي الصحيحين عن أنسٍ أيضاً « أنه صلى الله عليه وسلم جعل وليمة صفية ما حصل من السمن والتمر ، والأقط . (ر . البخاري : كتاب النكاح ، باب البناء في السفر ، ح ٥١٥٩ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمته ، ثم يتزوجها ، ح ١٣٦٥ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ٣٩٤ ، ح ١٦٨٧) .

(٤) مكان بياضٍ بالأصل . و« مَهْيَمْ » بميم مفتوحة ، فهاءٌ ساكنةٌ بعدها ، فمثناة تحتية مفتوحة ، بعدها ميم . ومعناها : ما حالك ؟ وما شأنك ؟ وما وراءك ، فهي للاستفهام . (المعجم) .

(٥) في الأصل : وسهات .

فإنه يستعمل في السؤال فقال عبد الرحمـٰن : تزوجتُ امرأة [من الأنصار][١] ، وكانوا يتضمخون بالزعفران في العُرسِ ، قال صلى الله عليه وسلم : « **أولِمْ ولو بشاة** »[٢] . ثم كما يأمر بالوليمة يأمر بإجابة الداعي علىٰ تفاصيلَ سنذكرها .

٨٥٥٩ـ والشافعي جعل وليمة العرس أَوْلى الدعوات ، وغيرَها أخفَّ منها . ثم قال : « **ومن تركها لم يَبِنْ لي أنه عاصٍ ، كما تبين لي في وليمة العرس** »[٣] ، فكان هـٰذا ترديد جواب منه في وليمة العرس ، فمن **أصحابنا** من جعل في وليمة العرس وأنها هل تجب ؟ قولين ، وتمسك بظواهر الأوامر ، ولم يردد الجواب في [وجوب][٤] غيرها .

وذهب **المحققون** إلىٰ أن الوليمة لا تجب قولاً واحداً ، وإنما التردد في وجوب إجابة الداعي ؛ فإن لفظ التعصية نُقل في ذلك ، قال صلى الله عليه وسلم : « **من لم يجب الداعي فقد عصىٰ أبا القاسم** »[٥] . ومن لم يوجب الإجابةَ حمل لفظ العصيان على المخالفة وتركِ التأسّي ، وهـٰذا غير بعيد علىٰ مذهب الاتساع في الكلام . وقد يقول القائل : أشرت علىٰ فلان برأيي ، فعصاني .

وقال صلى الله عليه وسلم : « **لو أُهدي إليَّ ذراع ، لقبلت ، ولو دُعيت إلىٰ كُراع ، لأجبت** »[٦] . والمراد كُراع شاة . وقال بعض المتكلفين أراد بالكراع : كراع

---

(١) زيادة لإتمام المعنىٰ ، أخذناها من نص الحديث .

(٢) حديث « أولم ولو بشاة » متفق عليه . (ر . البخاري : كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة ، ح ٥١٦٧ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب الصداق ، ح ١٤٦) .

(٣) ر . المختصر : ٤/ ٣٩ .

(٤) في الأصل : وجوبها .

(٥) متفقٌ عليه من حديث أبي هريرة ، بلفظ : « من دعي ، فلم يجب ، فقد عصى الله ورسوله » . (ر . البخاري : كتاب النكاح ، باب من ترك الدعوة ، فقد عصى الله ورسوله ، ح ٥١٧٧ ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب الأمر بإجابة الداعي إلىٰ دعوة ، ح ١٤٣٢) وله ألفاظ عندهما ، ولأبي داود من حديث ابن عمر : « من دعي إلى الوليمة ، فليأتها » (ر . تلخيص الحبير : ٣/ ٣٩٤ ، ٣٩٥ ح ١٦٨٩) .

(٦) حديث : « لو أهدي إلي ذراع . . . » رواه البخاري : كتاب الهبة ، باب القليل من الهبة ، ح ٢٥٦٨ ، وهو عنده بلفظ : « لو دعيت إلىٰ ذراع أو كراع ، لأجبت ، ولو أهدي إلي ذراع أو

=

[الغميم][(١)] ، وهي قرية من المدينة علىٰ فراسخ ، فيكون المعنىٰ لو دُعيت إلىٰ مسافة بعيدة ، لأجبت ، وهـٰذا غير مستقيم والكُراع مقرون بالذراع .

ثم من حمل التردد في الوجوب علىٰ إجابة الداعي ، لم يَفْصِل بين دعوة ودعوة . ومن ردد الجواب في وجوب اتخاذ الدعوة خصص تردده بوليمة العرس .

ووصف أبو سعيد الخدري أخلاق رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر فيما وصف : « كان صلى الله عليه وسلم يخصف النعل ، ويرقع الثوب ، ويعلف الناضح ، ويحلب الشاة ، ويركب الأتان ، ويطحن مع الخادم ، وكان لا يحمله الحياء علىٰ ألا يحمل البضاعة من السوق إلىٰ أهله ، وكان يسلم مبتدئاً ، ويصافح الغني والفقير ، ويجيب إذا دُعي ولو إلىٰ حَشَف التمر ، وكان هين المؤونة ، جميل المعاشرة ، بسَّاماً من غير ضحك ، محزوناً من غير عبوسة ، جواداً من غير سرف ، رحيماً رقيق القلب ما تجشَّأ عن شِبع قط ، ولا مدَّ يده إلىٰ طمع »[(٢)] . بأبي هو وأمي .

٨٥٦٠ـ وعلينا بعد ذلك أن نفصِّل الدعوةَ والإجابةَ ، فنقول : إذا بعث واحداً وقال له : ادعُ من لقيتَه ، فدعا واحداً ، فلا عليه لو تخلف ، فإنه غيرُ معيّنٍ بالدعوة ، وإذا لم يتجرد قصدٌ إلىٰ مدعو ، فيجب أن لا يثقلَ التخلفُ على الداعي ، ولو دُعي وعلم/ المدعوُّ أن في دار الداعي أقواماً لا يلائمون المدعوَّ ـ والتفريع علىٰ وجوب إجابة الداعي ـ فهـٰذا فيه ترددٌ **للأصحاب** ، وهو أن يدعوَ رجلاً شريفاً مع طائفة من السُّفل والأراذل .

١٧٣ ش

وإن كان المدعوُّ صائماً ، لم يتخلف أيضاً ، بل يجيب ويحضر . ثم إن كان صومه

= كراع ، لقبلت » وطرفه في ٥١٧٨ وهو بلفظ : « لو دعيت إلىٰ كراع ، لأجبت ، ولو أهدي إلي كراع ، لقبلت » وأحمد في مسنده : ٢/ ٤٢٤ .

(١) غير واضحة ولا مقروءة بالأصل ، والمثبت من (معجم البلدان) لياقوت .

(٢) لم نصل إلىٰ حديث لأبي سعيد بهـٰذه الألفاظ ، بل لم نصل إلىٰ حديث في الشمائل علىٰ هـٰذا السياق الذي يجمع كل هـٰذه المعاني ، وإنما في الشمائل أحاديث أخر ربما بمجموعها تجمع هـٰذه المعاني . (رجعنا إلى الشمائل للترمذي ، وشرحها جمع الوسائل ، وكذا رجعنا إلىٰ دلائل النبوة ، وزاد المعاد ، والخصائص الكبرىٰ) .

فرضاً بَرَّكَ ودعا ، وأبدىٰ عُذرَهُ ، وإن كان صومه تطوعاً ، وعلم أنه لا يعز على المضيف تركُ الأكل ، لم يفطر ، وإن علم أنه يشق عليه تركُ الأكل ، فالأولىٰ أن يفطر ويصومَ يوماً مكانه . وإن علم المدعو في الأصل أنه لا يعز على الداعي امتناعُه ـ والتفريع علىٰ وجوب إجابة الداعي ـ فهٰذا فيه احتمال . وقد روي : **أن ابن عمر دُعي إلىٰ دعوة مع جماعة ، فمد يده إلى الطعام ، ثم قال : « خذوا بسم الله ، وأمسك ، وقال : إني صائم »**[1] .

وإن كان في مكان الدعوة منكراتٌ كالمعازف ، نُظر ، فإن علم أنه لو حضر لنُحِّيت ورُفعت تعظيماً له ، فينبغي أن يحضر ، ويكونُ حضورُه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فإن لم ينزجروا ، ولم يكن له بمنعهم يدان ، لم يُقِمْ وخرجَ ، ولا يُقيم فيما بينهم ما بقي له اختيار .

٨٥٦١ـ وإن كان في البيت صور ، فإنا نتكلم فيها أولاً ، ونقول : الصور الشاخصة والمستوية على السقوف والجدرات والأُزر[2] المرتفعة والسجوف[3] المعلقة ممنوعة، ويحرم الأمر بها وتعاطيها، وقد روي : « أنه دخل رجل على ابن عباس فاستخبره ابنُ عباس عن حرفته، فقال إني أنقش هٰذه الصور ، فقال ابن عباس : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : **يُحشر المصورون يوم القيامة ، ويقال لهم انفخوا الروح فيما خلقتم، فما هم بنافخين ، ولا يخفف عنهم العذاب** . فقال الرجل : ما لي حرفة سواها، قال : فإن كنتَ فاعلاً ، فعليك بصور الأشجار »[4] . وعن عائشةَ أنها قالت : « كانت لنا سَهوةٌ علقتُ فيها سُترة وعليها صورة ، فدخل النبي صلى الله عليه وسلم ، [وكان][5] يدنو

---

(١) حديث ابن عمر ، رواه الشافعي في الأم : ٦/ ١٨١ ، والبيهقي : ٧/ ٢٦٣ .

(٢) الأزر : جمع إزار ، وهو هنا حويّط يقام بجوار الحائط يلصق به ، للتقوية ، أو للزينة .

(٣) السجوف : هنا بمعنى الستور .

(٤) حديث ابن عباس متفق عليه ، رواه البخاري : كتاب البيوع ، باب التصاوير التي ليس فيها روح وما يكره من ذلك ، ح ٢٢٢٥ ، ورواه مسلم : كتاب اللباس والزينة ، باب تحريم تصوير صورة الحيوان ، ح ٢١١٠ .

(٥) في الأصل : وكانوا .

منه وينصرف ، فعل مراراً ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : **حُطِّيها ، واتخذي منها نمارق** »[١] .

ففهم العلماء من ذلك أن المحظور صور الحيوانات ، فأما تشكيل الأشجار فلا بأس به .

ولو صور المصور حيواناً إلا وجهه ، ففيه تردد : فمن **أصحابنا** من جوز ذلك ، وجعل ما عدا الوجه خطوطاً وتشكيلاً كالأشجار . ومنع مانعون ذلك ، فإنَّ سائر أعضاء الحيوان يُشعر بالحياة إشعار الوجه .

ثم فيما رويناه ما يدل على الفرق بين الصور المرفوعة وبين المحطوطة التي توطأ على الفرش والنمارق ، ولعل السبب فيها أنها إذا كانت مرفوعة ، ضاهت الأصنام ، وإذا كانت موطوءةً مفترشة تحت الأقدام ، فليست كذلك ، وأيضاً ، فإنها إذا كانت مرفوعة كانت مُهيّأَةً للنظر/ إليها ، والمخادّ الكبار التي لا تتوسدُ ، وإنما تهيأُ مرتفعةً شاخصة في معنى الستور . ١٧٤ ي

ولبس الثياب المصورة كان يمنعه **شيخي** ، ولعله أولىٰ بالمنع من رفع الصور على الستور المعلّقة ، وكان يقول : استعمال الثياب المصورة لا يحرم ، فإنها تصلح للفرش ، كما يتأتىٰ تعليقها ولبسها ، وإذا كان لها وجه في الاستعمال ، حمل الاستعمال عليه ، وعندي أن الذي يتعاطى التصوير هو الآثم بكل حال ، وفي المسألة احتمال .

وإذا صادف الناهي عن المنكر سترةً معلقة وصورة ، لم يفسدها ، بل حفظها لتفرش . ثم في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة** »[٢] ، فيكره علىٰ موجَب الحديث دخولُ بيت فيه صورة ممنوعة ، كما

---

(١) حديث عائشة . رواه البخاري بأتمّ مما جاء به الإمام : كتاب اللباس ، باب ما وطىء من التصاوير ، ح ٥٩٥٤ ، ٥٩٥٥ ، ورواه النسائي : كتاب الزينة ، باب التصاوير ، ح ٥٣٥٦ ، ٥٣٥٧ .

(٢) حديث « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة » رواه مسلم : كتاب اللباس والزينة ، باب تحريم صورة الحيوان ، ح ٢١١٢ . (وانظر تلخيص الحبير : ٣/٣٩٩ ، ٤٠٠ ح ١٦٩٦) .

ذكرناه ، ولا ينتهي الأمر إلى التحريم عند كثير من **أصحابنا** .

وكان **شيخي** يُلحق هٰذا بالمحظورات ، ويُلزم الخروج من البيت ، والأصح الاقتصار على الكراهية .

فصل

وقال في نثر السكر واللوز والجوز في العرس : « **لو تُرك ، كان أحبَّ إليَّ . . . إلىٰ آخره** »[١] .

٨٥٦٢ـ أراد **الشافعي** كراهةَ الالتقاط ؛ لأنه أُخذ بخُلسةٍ ونُهبة ، وفيه خروج عن المروءة ، وربما يخطِر للناثر أن يُؤْثر بعض الملتقطين . ولا يبعد أن يحمل ما ذكره **الأصحاب** على النثر أيضاً ؛ فإنه سببُ الحَمل على الالتقاط . وعندي أن الأمر في ذلك لا ينتهي إلى الكراهة .

ومن لم يكن ذا حظ من الأصول قد لا يفصل بين نفي الاستحباب وإثبات الكراهية ، وليس كذلك ، ولفظ **الشافعي** مشعر [بالتهيب][٢] وحط الأمر عن رتبة الكراهية ؛ فإنه قال : « **لو تُرك كان أحبَّ إليّ** » . ثم قد ينتهي الأمر في هٰذا إلى الإباحة إذا كان الناثر لا يؤثر أحداً ، وكان المتطلعون عنده بمثابةٍ .

وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حضر إملاكاً فقال : **أين أطباقكم ، فأُتي بأطباق عليها جوز ولوز وتمر فنُثرت** . قال جابر بن عبد الله راوي الحديث : فقبضنا أيدينا ، فقال صلى الله عليه وسلم : « **ما لكم لا تأخذون** . قلنا : لأنك نهيتنا عن النُّهبىٰ ، فقال : **إنما نهيتكم عن نهبى العساكر ، خذوا على اسم الله ، فجاذَبَنا وجاذبناه** »[٣] . فثبت الأصل بالخبر الصحيح .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٤٠ .

(٢) كذا قرأناها علىٰ ضوء حروفها التي تداخلت بعضها في بعض ، فصارت تقرأ : « بالتحفيذ » أيضاً .

(٣) الحديث عن النثر رواه البيهقي عن معاذ بن جبل ، وقال عنه الحافظ : « في إسناده ضعف وانقطاع . ورواه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة عن معاذ نحوه ، وأورده ابن الجوزي =

ثم ما وقع على الأرض ، فالحاضرون فيه شرَعٌ ، يملكه من يبتدره ، وإذا ثبتت يد إنسان علىٰ شيء منه ، لم يُسلب منه ، ولو غالبه مغالب ، فهو غاصب ، وإن وقع شيء في حِجر إنسان ، فإن كان بسط حجره لذلك ، لم يؤخذ منه ، وكان احتواء الحِجر المبسوط لذلك بمثابة الأخذ باليد ، وإن لم يكن قصد هـٰذا ببسط حِجره ، فهل يجوز الأخذ من حجره ؟ قيل : لو كان لا يرغب فيه جاز ، وإن عُلم أنه يرغب فيه ، وإن لم يقصد بسطَ حِجره لهـٰذا ، ففي المسألة **وجهان** مبنيان على/ الطائر إذا فرخ في دار إنسان ، فصاحب الدار أحق بالفرخ ، ولـٰكن لو ابتدره غيره فأخذه ، فهل يملكه ؟ فعلىٰ **وجهين** . ١٧٤ ش

٨٥٦٣ـ من تحجر أرضاً ليحييها ، فابتدرها غيره وأحياها ، فالأصح أنه لا يملكها ، وفي المسألة وجه علىٰ بعد . ولو نشر ذيله فوقع فيه شيء ، كان نَشْرُ الحِجر مملّكاً بخلاف [المحجِّر ،][1] فإن الملك يحصل بمجرد إثبات اليد في المنثور ، وما يحصل في الحِجْر على الصورة التي ذكرناها يُعد في يد صاحب الحِجر ، ويُعدُّ إحرازاً لما احتوىٰ عليه حِجْره . [ومجرد][2] إثبات اليد لا يملّك الموات حتىٰ يُحيَىٰ كما ذكرناه .

ولو سقط من حجره ما وقع فيه ، نُظر ، فإن لم ينشره بقصد الأخذ ، فإذا سَقَطَ ، مَلَكَهُ من يبتدره ، وإن كان من وقع في حِجْره راغباً فيه ، وهو بمثابة ما لو عشش طائر في دار ثم طار الفرخ ، فلا اختصاص لصاحب الدار بعد مفارقته دارَه . ولو نشر ذيله ، أو آلة كانت معه ، فوقع فيه شيء ، ثم سقط منه ، فهـٰذا فيه احتمال ، والظاهر أنه يملكه ، ثم لا يزول ملكه بالسقوط ، كما لو اعتُقِلَ صيدٌ بشبكةٍ نُصبت علىٰ مدارج الصيود وانضبط بها ، ثم حدث حادث فأفلت ؛ فالظاهر أنه مِلك ناصب الشبكة .

= في الموضوعات ، ورواه فيها أيضاً من حديث أنس ، وفيه خالد بن إسماعيل وهو كذاب . . . » ا .هـ ملخصاً من كلام الحافظ (ر . التلخيص : ٣/٤٠٧ ح ١٧١٠ ، والسنن الكبرىٰ للبيهقي : ٧/٢٨٨ ، وشرح معاني الآثار : ٣/٥٠) .

(١) في الأصل : الحجر .

(٢) في الأصل : وبمجرد .

وفي الصيد وآلة اللقط وجه آخر ؛ فإن العادة هي المرعية في هٰذه الأبواب . وما تحتوي عليه الشبكة لا يوثق به أو يؤخذ ، نعم لو أخذه آخذ لم يملكه . وكذلك القول لو أخذ آخذٌ ما وقع في آلة الملاقط لم يملكه ، وإنما الكلام فيه إذا سقط بنفسه .

فَصْلٌ
في أحكام الضيافة وما يتعلق بها

٨٥٦٤ـ إذا قَدَّم المُضيف الطعام ، فالمذهب الظاهر : أنه لا حاجة إلىٰ لفظٍ من المضيف ، بل تكفي قرائن الأحوال في إفادة الإباحة . وأبعدَ بعضُ **أصحابنا** ، فقال : لا بد من لفظٍ منه ، فليقل : كلوا بارك الله فيكم ، أو ليأتِ بلفظ [يفيد][1] هٰذا الغرضَ .

وليس بشيء .

ثم الضيف هل يملك ما يأكله ؟ اختلف **أصحابُنا** في المسألة ، فمنهم من قال : لا يملكه أصلاً ، وإنما يأكله علىٰ ملك المُضيف مباحاً ، وهٰذا ما حُكي عن اختيار **القفال** .

ومن **أصحابنا** من قال : إنه لا يملك حتىٰ يضعَها في فيه .

ومنهم من قال : لا يملكها حتىٰ يمضغها بعضَ المضغ .

ومنهم من قال : لا يملكها حتىٰ يزدردها ، فإذا ازدردها ، تبيّنا أنه ملكها مع الازدراد .

وفائدة هٰذا التردد ظاهر في إثبات الملك ونفيه .

ي ١٧٥ وكان **شيخي** يصحح أن الضيف لا يملك ، ويذكر هٰذه الوجوهَ في أن الإباحة/ هل تلزم ، حتىٰ لو رجع المضيف ، لم يكن له الرجوع . وهٰذا لا بأس به ، ولٰكن الأصح أن الإباحة لا تنتهي إلى اللزوم قط ، ما لم يَفُت المستباحُ ، وليس في الشرع إباحة

---

(١) في الأصل : فيفيد .

تُفضي إلى اللزوم إلا في النكاح ، فإنا قد نختار أن المعقود عليه في النكاح ليس مملوكاً وإنما هو مستباح مستحق(١) .

ومن قال لا بد من لفظٍ في إباحة الطعام يشترط من الناثر لفظاً أيضاً . ثم لا يشترط تمليكاً وإيجاباً وقبولاً ، بل يكتفي بأن يقول : خذوا ، أو بأي لفظ في معناه .

٨٥٦٥ـ ومما يتعلق بما نحن فيه أنَّا إذا رأينا إجابةَ الداعي حتماً ، فلو دُعي جمعٌ فأجاب بعضهم ، هل تسقط الفرضية عمّن لم يجب سقوطَ فرض الكفاية في مثل هـٰذه الصورة ؟ ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يُنحَىٰ بذلك نحو فروض الكفايات ، وأقرب الأمثلة إلينا ردُّ جواب السلام علىٰ جمعٍ ؛ فإنه إذا أجابه واحد منهم ، سقط فرض الجواب عن الباقين .

وعندي أن ما ذكروه فيه إذا وُجِّهت دعوةٌ علىٰ جمعٍ ولم يُخَصَّص كلُّ واحد منهم [بالتنقير](٢) ، فإن خصص كل واحد بالدعوة ـ والتفريع علىٰ وجوب الإجابة ـ فلا يسقط الفرض أصلاً عن البعض بحضور البعض ، وعلىٰ هـٰذا القياسُ يجري في السلام [لو خُصِّصَ](٣) كلُّ واحد بتسليمة .

ولو حضر الدعوة ، ولم يكن عذر يمنعه من الأكل ، وكان يشق على المُضيف امتناعه ؛ فقد ذكر **العراقيون** وجهين في وجوب الأكل بناءً علىٰ وجوب الإجابة . وهـٰذا بعيد **إن** قيل به ، فيكفي ما ينطبق عليه الاسم في التعاطي .

[فإن لم تكن دعوة ،](٤) فالأكل والتطفل حرام ، وفي الحديث : « **من دخل دار**

(١) هـٰذه القاعدة « ليس في الشرع إباحة تفضي إلى اللزوم إلا في النكاح ، وأن المعقود عليه في النكاح ليس مملوكاً ، وإنما هو مستباح ، فيستحق » ذكرها ابن السبكي في الأشباه والنظائر : ١/ ٣٦٩ . ناقلاً إياها عن إمام الحرمين في النهاية وبنصها .

(٢) في الأصل : التنويش . ولم أعرف لها وجهاً ، مع تقليبها علىٰ كل صورة ممكنة من حروفها ، بل لم نجد لها معنىٰ في معاجم المعرب والدخيل . فقدّرنا أنها محرّفة عن (التنقير) : والتنقير هو دعوة الرجل باسمه : مأخوذ من قول القائل : نقَّرْتُ باسم فلان إذا دعوته من بين القوم (المصباح والمعجم) .

(٣) في الأصل : واخصص .

(٤) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

غيره بغير إذنه ، دخل عاصياً وأكل حراماً »[(١)] . وإنما يفرض هٰذا والدعوة نَقَرىٰ[(٢)] ، فأما إذا كانت الدعوة جَفَلَىٰ[(٣)] ، وفتحت الباب ليدخل من شاء ، فلا تطفل والحالة هٰذه . وقد نجزت المسائل المنصوصة في [السواد][(٤)] ، ونحن نرسم بعدها فروعاً **لابن الحداد** وغيره .

فَرْعٌ : ٨٥٦٦ـ إذا قال السيد لعبده : انكح فلانة [الحرّة][(٥)] ، وأجعلُ رقبتك صداقها ، فالإذن فاسد ؛ فإن النكاح علىٰ هٰذا الوجه لا يصح ؛ إذ المرأة لو ملكت رقبة زوجها في دوام النكاح ، لانْفسخ النكاح ، فكيف يفرض انعقاده ابتداءً مع تقدير حصول الملك في رقبة الزوج ؟ ولو تعاطى السيد التزويج بنفسه علىٰ هٰذه الصفة ، فزوَّجَ من عبده الصغير ـ أو الكبير علىٰ قول الإجبار ـ حرةً ، وجعل رقبة الزوج صداقاً ، فالذي قطع به **الأصحاب** : بطلانُ النكاح .

ش ١٧٥ وكنت أود لو ذهب ذاهب إلىٰ/ صحة النكاح وفساد الصداق ، ثم كان الرجوع إلىٰ مهر المثل أو إلى القيمة ، ولٰكن ما يصير إلىٰ هٰذا صائر . والتعويل في المذهب على النقل .

وتعليل ما ذكره **الأصحاب** : أن من نكح امرأة وأصدقها خمراً ، فإنا نفرض الصداق منفصلاً عن النكاح ، حتىٰ كأنه ليس عوضاً ، وليست تسميةُ الخمر قادحةً في مقصود النكاح ، وقد ذكرنا أن الشرائط التي لا تؤثر في مقصود النكاح لا تُفسده . وأما جعل

---

(١) حديث : « من دخل دار غيره. . . إلخ » هو عند البيهقي : ٧/ ٢٦٥ بلفظ : « من دخل علىٰ قوم لطعام لم يُدع إليه ، فأكل ، دخل فاسقاً ، وأكل ما لا يحل له » ورواه الطبراني في الأوسط بقريب من هٰذا اللفظ ، ح ٨٢٦٦ وقد ضعفه الألباني في الإرواء : ٧/ ١٦ .

(٢) نَقَرَىٰ : بفتحات ثلاث للنون والقاف والراء المهملة ، ومعناه أن تكون الدعوة خاصة يُعيَّن فيها من يدعىٰ باسمه . من قولهم : نقرْتُ باسمه أي دعوته من بين القوم . (المصباح والمعجم) .

(٣) جَفَلَىٰ : وزان فَعَلَىٰ بفتح الكل : وهي أن تدعو الناس إلىٰ طعامك دعوة عامة من غير تخصيص أحدٍ باسمه . (المصباح والمعجم) . وإمام الحرمين ناظر في هٰذا إلىٰ قول طَرَفة بن العبد :

نحن في المشتاة ندعو الجَفَلَى لا نرى الآدبَ فينا ينتقر

(٤) في الأصل : « الشواذ » . ونذكر أن السواد هنا هو (مختصر المزني) .

(٥) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام ـ مع ما سيأتي ـ بدونها .

رقبة الزوج صداقاً ، فنوعٌ من إفساد يقدح في مقصود النكاح ، كما تقدم .

٨٥٦٧ـ ولو أَذِنَ لعبده في أن ينكِحَ أَمَةَ الغير ، ويجعل رقبته صداقها ؛ فهـٰذا جائز ؛ فإنه لا يصير مملوكاً للزوجة ، إذ مالك الصداق سيد الأَمَةِ ، ولا يمنع أن يجتمع الزوج والزوجة في ملك مالكٍ ؛ فإن للسيد أن يزوِّجَ أَمَتَهُ من عبده .

فإذا تبين ذلك ، فلو انعقد النكاح علىٰ هـٰذا الوجه ، ثم طلق زوجته قبل المسيس ؛ فحكم الطلاق [لعيل](1) التشطير .

وقد اختلف **أصحابنا** في هـٰذه المسألة ، فمنهم من قال : يرتد نصف الرقبة إلى السيد الأول ؛ فإن الرقبة خرجت من ملك السيد الأول ، ونصف الصداق يرتد إلىٰ من يخرج الصداق من ملكه ، وليس هـٰذا كما لو أصدق الأب عيناً من أعيان ماله زوجةَ طفْلِهِ ؛ فإنا نقول : إذا بلغ وطلق ، رجع نصفُ الصداق إلى الزوج ، فإنَّا نقدر إصداق الأب عنه تمليكاً ، ثم نحكم بأنه ثبت صداقاً عن ملك الطفل ، ولا يتأتي في هـٰذه المسألة مثل هـٰذا ، وليس بين كون العبد ملكاً للأول وبين وقوعه صداقاً مرتبة .

ومن **أصحابنا** من قال : لا يرتد نصف العبد إلى السيد الأول ؛ لأن الطلاق هو المشطّر ، وهو يقع والعبد في ملك الثاني .

وهـٰذا الوجه عندي في حكم الوهم والغلط الذي لا يعوّل عليه ، وذلك أن العبد هو الصداق ، فلو فرضنا الصداق [غيرَه ،](2) وصورنا طلاقاً ، لنظرنا علىٰ وجهٍ في حالة الطلاق ، فأما إذا كان هو الصداق ، فلا وجه إلا النظر إلىٰ من خرج العبد عن ملكه .

وذكر **الشيخ أبو علي** وجهين في أن العبد إذا نكح بإذن مولاه ، والتزم المهرَ في الذمة ، وأدَّاه من كسبه ، ثم باع مالكُ العبد العبدَ ، وطلق قبل المسيس ، فالصداق إلىٰ من يرتد ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يرتد نصف الصداق إلىٰ [المالك](3) الأول ، وهو الوجه .

---

(١) كذا . والسياق مفهوم علىٰ أية حالٍ بدونها .
(٢) في الأصل : غرة .
(٣) زيادة لإيضاح الكلام .

والثاني ـ أنه يرتد إلى الثاني ؛ نظراً إلىٰ حالة الطلاق .

فهٰذا ـ علىٰ هٰذا الوجه ـ بعيد . والترتيب الصحيح أنه إذا أدّى المهر مما اكتسبه في ملك الأول ، ثم فرض/ الطلاق في ملك الثاني ؛ فالنصف يرتد إلى الأول ؛ لأن الأكساب كانت ملكَ الأول ، ومِن ملكِهِ خرجت إلى الزوجة ، فأما إذا جرى النكاح في ملك الأول ، ثم باعه مولاه ، فاكتسب في ملك الثاني ووفَّر الصداقَ ، ثم طلق قبل المسيس ، فالنصف يرتد إلى الأول أو إلى الثاني ؟ فعلىٰ وجهين . ي١٧٦

وإذا ضممنا ما ذكره **الشيخ أبو علي** إلىٰ ما رتَّبه **الأصحاب** ، انتظم من مجموعه في الصورتين **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أن نصف الصداق يرتد أبداً إلىٰ من جرى النكاح في ملكه .

والثاني ـ أنه يرتد أبداً إلىٰ من يجري الطلاق في ملكه .

والثالث ـ أنه يفصل ، فإن اكتسب في ملك الأول وأدّىٰ ، رجع الشطر إلى الأول ، وإن اكتسب في ملك الثاني وأدّىٰ ، رجع الشطر إلى الثاني .

٨٥٦٨ـ ثم فرع **الأصحاب** مسألة إصداق العبد رقبة نفسه ، فقالوا : إن حكمنا بأن شَطرَ الرقبة يرتد إلى الأول ، فلا كلام ، وإن حكمنا بأن الشطر يرتد إلى الثاني ؛ فلا معنىٰ للتشطر على الحقيقة ، فإنه لو تشطر ، لرجع إليه ، فلا معنىٰ لتقدير خروج الشطر عن ملكه وعوده إليه ؛ إذ ليس يفهم الخروج إلا مع الدخول ، وهٰذا غير معقول في هٰذه المسألة ، فرجع فائدة الوجه إلىٰ أنَّ صَرْفَنا حقَ التشطرِ إلى الثاني يوجب بقاء ملكه فيما كان يرجع لو كان مستحقُ التشطيرِ غيرَه .

ثم كل ما ذكرناه في باب شطر الصداق يتحقق في جميعه إذا جرىٰ ما يوجب رد جميع الصداق ، فإذا اطلع العبد علىٰ عيب بامرأته يُثبت مثلُه الفسخَ ، ففسخ النكاح ، فهٰذا يوجب ارتداد جميع الصداق ، فإن قلنا : يرتد إلى السيد الأول ، فيعود العبد ملكاً له ، وإن قلنا : يرتد إلىٰ ملك السيد الثاني ؛ فحكم هٰذا ألا يخرج العبد عن ملكه ؛ فإنه لو خرج منه لعاد إليه .

٨٥٦٩ـ ومما يتصل بذلك ، أن العبد لو عَتَقَ في هٰذه المسألة ، وكان أعتقه السيد

الثاني ، وهو مالك الأمة ، فلو طلقها قبل المسيس ، وبعد نفوذ العتق ، فهـٰذا يُفَرَّعُ علىٰ ما تقدم ، فإن جرينا على المذهب الصحيح ، وقلنا : نصف الصداق يرجع إلى السيد الأول ، فالسيد الثاني ـ المعتِق ـ يغرم نصف قيمته للسيد الأول . وإن فرّعنا على الوجه الثاني ـ وهو اعتبار يوم الطلاق ـ فمستحق الشَّطر هـٰذا المعتَق ؛ فإنه استقل بنفسه لما عتق ، فرجع بقيمة نصف نفسه علىٰ سيده الثاني في الذي أعتقه . وكل ما يتفرع في نصف الصداق يتفرع في جميعه إذا جرىٰ ما يوجب ارتدادَ جميع الصداق .

فَرْعٌ : **٨٥٧٠ـ** إذا أصدق ذمي امرأته الذمية خمراً ، وقبضت الخمر في الشرك ، ثم أسلما ، فقد ذكرنا/ أنه ليس لها مهر المثل بعد ما انبرمت الحالة بالقبض في الشرك . فلو استحالت الخمر التي في يدها خلاً ، ثم طلقها قبل المسيس ، فهل يرجع عليها بشيء ؟ **فعلىٰ وجهين** : **أحدهما ـ** يرجع عليها بنصف الخل ، وهو اختيار **ابن الحداد** ، وذلك لأن هـٰذه العين تلك العين ، وليس انقلابها خلاً من قبيل الزيادات المتصلة . ١٧٦ ش

والوجه الثاني ـ أنه لا يثبت له الرجوع بشيء ؛ فإن انقلاب الخمر خلاً أكبر في مرتبته من الزيادات المتصلة ، فإذا كانت الزيادة المتصلة تمنع من الرجوع في العين ، فانقلاب الخمر خلاً بذلك أولىٰ .

ولابن الحداد أن يقول : جرىٰ إصداق الخمر في حالة كانوا يَرَوْنها مالاً في تلك الحالة ، ثم جرى الطلاق ، وفي يدها مالٌ في الإسلام ، وليس كالزيادات المتصلة ؛ فإن مصيرنا إلىٰ أنها[1] تمنع تشطّر الصداق ، لا يَحْرِمِ الزوجَ ، بل المرأة تغرم له نصف القيمة .

وهـٰذا تكَلُّف . والأصح : الوجه الآخر ؛ فإنا لا نلتفت إلىٰ ماليةٍ في الإسلام .

التفريع : **٨٥٧١ـ** إن قلنا : لا يرجع الزوج بشيء من الخلّ ، فلا كلام ، وإن قلنا : الزوج يرجع بنصف الخل ، فلو أنها أتلفت الخل ، ثم طلقها قبل المسيس ؛ ففي المسألة **وجهان** : **أصحهما ـ** أنه يرجع عليها بنصف مثل الخل التالف ، وهو اختيار

(١) الضمير يعود على الزيادات المتصلة ، كما هو واضح .

الخِضْري ؛ فإنه إذا ثبت الرجوع ، تعين الخل عند [بقائه][(١)] ، فالوجه أنه يرجع بمثله عند تلفه ؛ فإنه من ذوات الأمثال .

والوجه الثاني ـ أنه لا يرجع عليها بشيء عند تلف الخل ، وهـٰذا اختيار **ابن الحداد** . ووجهه أن الخل إذا تلف قبل الطلاق ، [لم يصادف][(٢)] الزوج خلاً ، ولا أصدق خلاً ، ونحن نعتبر[(٣)] حالة الإصداق والقبض[(٤)] القبض . وهـٰذا فيه فقه .

والأصح ما ذكره **الخِضري** ؛ فإن الخمر لما استحالت خلاً ، قدرنا كأن الصداق كان خلاً .

٨٥٧٢ـ ومما يتعلق بهـٰذه المسألة أنه لو أصدق امرأته جلدَ ميتة في الكفر ، وقبضته ، ثم أسلما ، ودبغته ، وطلقها قبل المسيس ، اختلف **أصحابنا علىٰ طريقين في المسألة** : فمنهم من قال : فيها وجهان كالوجهين في الخمر إذا انقلبت خلاً .

ومنهم من قال : لا يرجع في هـٰذه الصورة ، وجهاً واحداً بخلاف مسألة الخل ، والفرق بينهما أن التملّك تحقق في مسألة الجلد بقصدها وفعلها ، فيظهر انفرادها بالجلد المدبوغ ، بخلاف الخمر تنقلب خلاً .

ثم قال **الشيخ [أبو علي]**[(٥)] : إن قلنا في مسألة الجلد : إن الزوج إذا طلقها يرجع في نصفه مدبوغاً ، فلو [أتلفته][(٦)] ، ثم طلقها ، قال : يجب القطع في هـٰذه الصورة بأنه لا يرجع بشيء عند التلف ، فإن الجلد ليس له مثل ، بخلاف الخل ، فلا سبيل إلى المثل ، ولو أثبتنا/ للزوج حقاً تقديراً ، لتعيّن في القيمة ، ثم لو قدرنا الرجوع إلى القيمة فالاعتبار بقيمة يوم الإصداق ، ولم يكن للجلد يوم الإصداق قيمة . (ي ١٧٧)

---

(١) في الأصل : نقله .

(٢) في الأصل : « ولم يصادف » .

(٣) ونحن نعتبر : أي عند الرجوع .

(٤) في الأصل : « أو القبض » . والمثبت مأخوذ من عبارة النووي ، إذ قال : « . . . لأن الرجوع في الصداق تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض » . (الروضة : ٧/٣٠٣) .

(٥) الزيادة من المحقق للتعريف فقط .

(٦) في الأصل : أتلفه .

وهـٰذا الذي ذكره حسن ، ولـٰكن الاحتمال متطرق إلى الجلد ، حيث انتهى التفريع إليه ؛ فإنَّا نُقَدِّر كأن الصداقَ كان جلداً[(١)] ، وإنما نُثبت الرجوع في نصف العين لو بقي بتأويل تقدير الصداق كذلك يوم الإصداق .

ومن بقية المسألة أنها لو باعت الخل أو الجلد أو وهبته ، فهو كما لو تلف في يدها ، أو [أتلفته][(٢)] في كل تفصيل .

ثم جميع ما ذكرناه في النصف عند فرض الطلاق قبل المسيس ، يتقرر في الجميع عند تقدير ارتداد الجميع .

فَرْعٌ : **٨٥٧٣ـ** إذا أصدق الرجل امرأته حلياً ، فكسرته ، ثم أعادت صيغته ، ثم طلقها قبل المسيس ، فلا يخلو إما أن أعادته علىٰ صيغة أخرىٰ ، أو أعادته علىٰ تلك الصيغة بعينها ، فإن أعادته علىٰ صيغة أخرىٰ ، ثم طلقها قبل المسيس ، فللزوج الامتناع ؛ فإن ذلك وإن كان زيادة ، فقد زالت الصنعة التي كانت ، فكان ما نحن فيه بمثابة زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر .

وإن عادت تلك الصنعة الأولىٰ بعينها ، ثم طلقها قبل المسيس ، فهل يثبت له الرجوع بنصف الصداق ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ يثبت له الرجوع إلىٰ نصف [الحلي ؛ فإنها][(٣)] عادت كما كانت ، فصار كما لو أصدقها عبداً سميناً ، فهُزل في يدها ثم عاد سميناً ، كما كان من غير زيادة ، ثم فرض الطلاق قبل المسيس ، وإن كان كذلك ، **فالأصحاب** ـ فيما نقله **الشيخ** ـ مجمعون علىٰ أنه يرجع بنصف العبد .

والوجه الثاني ـ أنه لا يرجع بنصف [الحلي][(٤)] ، وللمرأة منعه ، وهـٰذا اختيار **ابن الحداد** ، وليست كالسمن في الصورة التي ذكرناها ؛ فإن هـٰذه الصيغة عادت باختيارها وليست كالسمن ، وهـٰذا التردد يشبه اختلاف **الأصحاب** في أن تحصيل هـٰذه الآثار هل يلحقها بالأعيان ، أم كيف السبيل فيها ؟ وقد ذكرنا هـٰذا في كتاب التفليس .

---

(١) كان جلداً : أي مدبوغاً .

(٢) في الأصل : أتلفت .

(٣) عبارة الأصل : « يثبت له الرجوع إلىٰ نصف فإنه » . والزيادة والتعديل من المحقق .

(٤) في الأصل : الإناء . ولم يسبق للإناء ذكر في هـٰذا الفرع .

التفريع : **٨٥٧٤ـ** إن قلنا : يرجع في نصف الحلي ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يرجع ، فبماذا يرجع ؟ **فعلىٰ وجهين** : **أصحهما ـ** أنه يرجع في نصف قيمة الإناء[(١)] غيرَ مكسور ، فإن كان من ذهب ، فالواجب نصفُ قيمته وَرِقاً[(٢)] ، وإن كان من [ورِق][(٣)] ، فالواجب نصفُ قيمته ذهباً .

والوجه الثاني ـ أنها تغرَم مثلَ [نصف][(٤)] تِبر الحلي وزناً بوزن ، ثم تغرَم نصف أجر مثل الصائغ من نقد البلد ، وهـٰذا قد قدمنا له نظيراً في البيع ، وكل ذلك والحلي مباح ، أو قلنا/ يجوز استصناع الإناء[(٥)] وصنعته محترمة . ش ١٧٧

٨٥٧٥ـ ثم أجرىٰ **الشيخ أبو علي**[(٦)] في أثناء المسألة كلاماً لا يختص بفرض الصداق ، فقال : إذا غصبَ الرجل إناء من ذهب وزنه ألف ، وقيمتُه ألف ومائة ، وفرعنا علىٰ أنَّ اتخاذ الأواني محرم ، فلو كسره الغاصبُ ، فرجع إلىٰ ألف ، فهل يغرَم قيمة الصنعة ؟ **فعلىٰ وجهين** .

وهـٰذا غريب غير متجه ؛ فإن تلك الصنعة علىٰ هـٰذا الوجه ليست متقوّمة ، وما لا يتقوَّم لا يختلف الأمر فيه بين مُتلِف وبين مُتلِف .

ولو غصب جارية مغنية قيمتها لمكان الغناء ألفان ، فتلفت أو رجعت إلىٰ ألف ، ونسيت ما كانت تحسنه ، فهل يضمن الغاصب ما كان في مقابلة الغناء ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما .

ثم زاد فقال : من اشترىٰ جارية مغنية تساوي ألفين بسبب الغناء ، وقيمة رقبتها

---

(١) عاد يعبر عن الحلي بالإناء .
(٢) ورقاً : أي فضة ، وذلك حتىٰ لا يقع في الربا ببيع الذهب بالذهب .
(٣) في الأصل : « من دون » .
(٤) زيادة لتصحيح العبارة .
(٥) استصناع الإناء : يصح هـٰذا إذا قلنا في أول الفرع : « إذا أصدقها حلياً أو إناءً » .
(٦) ثم أجرى الشيخ أبو علي . . . : الإمام ينقل عن الشيخ أبي علي في شرح الفروع لابن الحداد ، فكأنه يقول : ثم أجرى الشيخ أبو علي في أثناء شرحه لهـٰذا الفرع كلاماً لا يختص بفرض الصداق .

ألف ، فإن اشتراها بألف ، فيصح البيع ، وإن اشتراها بألفين فقد حكىٰ **الشيخ** في ذلك اختلافاً ، فحكىٰ عن **المحمودي** أنه أفتىٰ ثَمَّ ببطلان البيع ؛ فإنا لو صححناه ، لصار تعليم الغناء مَكْسبةً وننسبُها إلى المقابلة بمال .

قال **الشيخ أبو زيد** : إن قصد بشرائها والمغالاة في ثمنها غِناءها ؛ فلا يصح ، وإن أطلق البيع ، ولم يقصد ذلك صح . وقال **أبو بكر الأودَني**(١) : مِن **أصحابِنا** مَن قال : يصح البيع علىٰ كل حال ، ولا يختلف بالقصود والأغراض .

وهـٰذا هو القياس السديد .

فَرْعٌ : **٨٥٧٦ـ** إذا أصدق الرجلُ امرأتَه عبداً ، فرهنته ، ثم إنه طلقها قبل المسيس والعبد مرهون ؛ فلا يرجع في نصف العبد مرهوناً علىٰ تقدير أن تفك الرهن وتسلّم إليه نصفَ العبد ، فلو قال الزوج : أصبرُ وأنتظر ، فإن انفك الرهن ، رجعتُ في نصف العبد ، فللمرأة ألا ترضىٰ به ؛ فإنها لو رضيت ، لكان الحق باقياً في ذمتها ، ولو قدرنا رجوع [العبد بالانفكاك](٢) ، فذاك منتظر ، ولها ألا تصبر علىٰ شغل الذمة .

ولو قالت : أصبر حتىٰ يفكَّ الرهنُ ، فللزوج ألا يصبر ويطلب حقه عاجلاً .

ولو قال الزوج : رضيت بنصف العبد ، وصبرت إلىٰ فك الرهن وأبرأتكِ عن الضمان ، وأنا متربص إلىٰ فكاك الرهن ، فإن سلِم فذاك ، وإن لم يسلَم وتلف العبد ، فلا عليكِ ، فهل عليها أن تجيبه إلىٰ ذلك ؟ **فعلىٰ وجهين ذكرهما الشيخ** : **أحدهما** ـ عليها أن ترضىٰ بما رضي به .

والوجه الثاني ـ ليس عليها ، وشبه ذلك بما لو أصدق امرأته نخلاً ، فأطلعت ، وطلقها قبل المسيس ، فلو قال الزوج : أصبر إلىٰ أن تُجَدَّ الثمارُ ، ثم أرجع في نصف النخيل ويكون الضمان [عليّ](٣) حتىٰ [لو](٤) تلف حقي قبل الجداد ، فلا يلزمها/ ذلك . ١٧٨ ي

---

(١) في الأصل : الأودي . وهو تصحيف .
(٢) في الأصل : رجوع العين في الثاني .
(٣) في الأصل : عليك .
(٤) زيادة اقتضاها السياق .

ولو قال : أخرجتك من ضمان العين في الحال ، وأنا متربص فإذا جُدَّت الثمار ، رجعت في النخيل ، وإن تلفت ، فلا عليك ، فهل يلزمها ذلك ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما .

وهٰذا عندي غيرُ سديد ؛ فإنَّ الصداق إذا كان نخيلاً ـ كما صوره ـ فطريق الكلام فيه يتعلق بالسقي ، ورجوع فائدته إلى الشجرة ، ومثل ذلك لا يجري فيما نحن فيه ؛ [وتلك][(١)] المسألة أجريناها علىٰ أحسن وجه . وما ذكره **الشيخ** من الوجهين يُفسد نظامها . وأما مسألة الرهن ؛ فما ذكره من الخلاف فيه ، بعيد أيضاً ؛ فإنه يبعُد أن يتملك النصف وهو مرهون ، فإن ما لا يصح ابتياعه لا ينقلب إلى الزوج ملكاً ، وإذا بعُدَ ملكُ النصفِ ، فما معنىٰ سقوط الضمان عنها ؟ فالوجه : انحصار حقه في القيمة لا غير .

٨٥٧٧ـ ومما يتعلق بهٰذه المسألة أنها لو أجَّرت العبد المُصْدَقَ مدةً ، وطلقها الزوج ، والعبد في بقية المدة ، فلا سبيل إلىٰ فسخ الإجارة بعد لزومها ، فإن أراد الزوج الرجوعَ بنصف القيمة ، فهو حقه . ولو قال : أصبر إلى انقضاء الإجارة ، ثم أرجع في نصف العبد ، وضمان ذلك إلىٰ أن يتفق الرجوع عليك ، فليس له ذلك . ولو قال : أتربصُ إلى انقضاء المدة وقد أبرأتكِ في الحال عن ضمان حصتي ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يُجاب إلىٰ مُلتَمَسِه .

والثاني ـ لا يُجاب ، كما ذكرناه في الرهن .

فإن قيل : هلا خرجتم ذلك علىٰ أن الدار المكراة هل تباع ؟ حتىٰ تقولوا إذا لم يصح بيعه ، امتنع الرجوع في نصفه ، وإن قلنا : يجوز بيع المكرَىٰ ، فيجوز منه الرجوع فيه ، [إن][(٢)] رضي به . قلنا : كان **الإمام**[(٣)] يذكر ذلك ويختاره علىٰ هٰذا الوجه .

---

(١) في الأصل : فتلك .

(٢) في الأصل : وإن .

(٣) الإمام : يقصد والده الشيخ أبا محمد . رضي الله عنهما وعن جميع أئمتنا .

وحقيقة هـٰذه المسألة تبتني على الصداق إذا تشطر ، حيث لا منع ، فنصيب الزوج مضمون أو غير مضمون ؟ وقد ذكرنا اختلاف الطرق في ذلك .

فإن قلنا : [نصيبه][١] في يدها غير مضمون إذا لم تتعدّ ولم تمتنع ، فإذا رضي الرجل برجوع نصف المكرىٰ إليه ، وجب إجابته لا محالة .

وإن قلنا : نصيب الزوج مضمون على الزوجة ما دام في يدها ، فإذا قال الزوج ـ والصداق مكرىٰ ـ : رضيت بنصفه ، فإن جوزنا بيع المكرَىٰ ، وقد رضي الزوج بالنصف ولم يبرئها عن الضمان ، لم يجب ، وإن أبرأها عن الضمان ، فهل يصح الإبراء عن الضمان ؟ هـٰذا يبتني علىٰ أن المغصوب منه إذا أبرأ الغاصب عن الضمان هل يبرأ ؟ وفيه خلاف قدمته ، وهو مبني علىٰ أن الإبراء عما لم يجب ، [ووُجد][٢] سببُ وجوبه هل يصح ؟ ثم ثمرة هـٰذا أنَّا إن صححنا الإبراء ، أجيب الزوج وإن لم نصحح الإبراء/ ، لم يجب . ١٧٨ ش

٨٥٧٨ـ ومما يتعلق بهـٰذه المسألة أيضاً أن المرأة لو باعت العبد المُصْدَقَ قبل الطلاق ، ورجع إلىٰ ملكها ، ثم طلقها قبل المسيس ، ففي الرجوع إلىٰ عين الصداق وجهان مشهوران .

ولو أصدقها عبدَه فرهنته ، ثم انفك الرهن ، فطلقها قبل المسيس ؛ فللزوج الرجوع إلىٰ نصف العبد ، ولا حكم لطريان الرهن ، وإن كنا نقول : لو صادف الزوج العبدَ مرهوناً عند الطلاق لم يرجع في نصفه ، وكذلك القول في الإجارة إذا طرأت وزالت قبل الطلاق .

ولو أصدقها عبداً فدبّرته ، وفرّعنا علىٰ أنه لا يرجع في نصف المدبّر ، إذا صادفه الطلاقُ مدبّراً ، فلو دبّرته ، ثم رجعت عن التدبير ؛ فالذي عليه الجريان : أنه يرجع الآن .

قال الشيخ : لو طلقها والعبد مرهون ، وقلنا : يمتنع الرجوع فيه ، أو كان مدبراً

---

(١) في الأصل : نصيبها .
(٢) في الأصل : ووجه .

وحصرنا حق الزوج في نصف القيمة ، فاتفق أنه لم يرجع في نصف القيمة حتى انفك الرهن ، وزال التدبير ؛ فلو قال الزوج : قد زالت الموانع ، فلا أرضىٰ إلاَّ بنصف [العبد](١) ، فهل له ذلك ؟ فعلىٰ **وجهين** ، **ذكرهما** : **أحدهما** ـ حقه في نصف [العبد باقٍ ؛ فإنّ](٢) هـٰذه الأسباب لو زالت قبل الطلاق ، لثبت حق الزوج في العبد ، فكذلك إذا زالت بعده وقبل انفصال الأمر .

والوجه الثاني ـ أنه لا حظَ له في العبد ؛ اعتباراً بحالة الطلاق . وهـٰذا هو الصحيح .

ثم إذا أثبتنا له حقَّ الرجوع إلى العين ، فالظاهر عندنا أن الأمر في ذلك إليه حتىٰ [لو](٣) استقر علىٰ طلب نصف القيمة ، كان له ذلك ؛ فإن الأمر في التغايير التي تلحق الصداق تتعلق بالاختيار ، وإنما يتشطر [الصداق](٤) من غير اختيار ـ على الأصح ـ إذا لم [تُقْرن](٥) حالة الطلاق بسبب من هـٰذه الأسباب .

ويجوز أن يقال : يتعين حقه علىٰ هـٰذا الوجه في العين إذا لم يتفق قبضُ القيمة ، ويكون هـٰذا بمثابة ما لو لم يكن مانع حالة الطلاق . فإن استبعد مستبعدٌ ذلك [فيه](٦) ، فهو ميلٌ منه إلىٰ أنه لا حق له في العين ، وهو وجهٌ منقاس ؛ لأنه ملك عليها نصف القيمة ، وانفصل الأمر ، وهـٰذا منتهى الاعتبار في باب الصداق .

ومن أتلف علىٰ رجل مثلياً ، ولم يصادف [للمتلَف](٧) مِثلاً ، فهو مطالبٌ بالقيمة ، فإن لم يتفق تغريمُه القيمةَ حتىٰ وُجد المثلُ ، فيتعين المثلُ ، لا خلاف فيه . فهـٰذه مسالك النظر .

---

(١) في الأصل : العين .
(٢) عبارة الأصل : « أحدهما ـ حقه في نصف العين بأن هـٰذه الأسباب لو زالت. . . إلخ » وإقامة النص بالتعديل والزيادة من عمل المحقق .
(٣) زيادة لاستقامة العبارة .
(٤) في الأصل : الطلاق .
(٥) في الأصل تُفرض .
(٦) في الأصل : « منه » .
(٧) في الأصل : المتلف .

فَرْعٌ : **٨٥٧٩ـ** ذكر **الشيخ** في أثناء كلامه فصولاً مستفادة يتعلق بعضها بالصداق ولا يتعلق بعضها به ، ونحن نأتي بالفوائد منها .

فإذا أعتق الرجلُ أَمَتَهُ في مرضه المخوف/ ، ونكحها ؛ فقد قال **الأصحاب** : لا ترثه العتيقةُ بالزوجية ، فإنَّ إعتاقه إياها في المرض وصية ، ولا يُجمع بين الوصية والميراث ، والمسألة من دوائر الفقه . ١٧٩ ي

٨٥٨٠ـ ولو قال لأَمَته في مرض موته : « أعتقتكِ علىٰ أن تنكحيني » ، فقبلت ذلك ، عَتَقت ولزمتها القيمة ، ثم إذا أعتقت بقوله وقبولها والتزمت القيمةَ ، فلا يلزمها الوفاء .

فلو نكحها ، وجعل ما لزمها من القيمة صداقَها ، وكانت القيمة معلومةً ، فيصح النكاح ، ثم لا يخلو إما أن تكون قيمةُ العتيقة مثلَ مهر مثلها ، أو كانت قيمتُها أكثرَ من مهر مثلها ، فإن كانت [قيمتُها][1] مثلَ مهر مثلها أو أقلَّ ، فيصح النكاح وترثه .

وذلك أن العتق كما[2] وقع في حقها مجاناً [لا يكون][3] وصية ، فلا دَوْر ، ثم قد صَرَفَ المعتِق قيمتها إلىٰ مهرها ، وليس فيه محاباة .

فأما إذا كانت أكثرَ من مهر مثلها ، وقد نكحها المعتِق علىٰ قيمتها ، فقد حاباها ؛ فإن مهر مثلها إذا كان خمسمائة ، وقيمتها ألف ، فإذا أصدقها قيمتَها ، فقد حاباها ، فهل ترث ؟ ذكر **وجهين** : **أحدهما** ـ أنها لا ترثه ؛ فإنه قد حاباها في قيمتها ، فكأنَّ نصف العتق وقع مجاناً ، فيعود الأمر إلى الوصية بالعتق . ومفهوم قول **ابن الحداد** يشير إلىٰ هـٰذا الوجه ، وهو ضعيف .

والوجه الثاني ـ أنها ترثه ، وهو الصحيح الذي لا يجوز غيره ؛ فإن أصل العتق وقع بعوض المثل ، والمحاباة رجعت إلى القيمة ، فهو كما لو نكح حرة بأكثر من مهر مثلها ، فإنها ترث والمحاباة تُردّ .

---

(١) في الأصل : قيمته .

(٢) كما : بمعنىٰ « عندما » وهو استعمالُ غير صحيح ولا عربي ، كما أشرنا إلىٰ ذلك .

(٣) في الأصل : « لتكون » .

٨٥٨١ـ ومما أجراه في أثناء الكلام أنه تعرض لاستبدال المرأة عن الصداق ، وخرجه على القولين في أن الصداق مضمون باليد أم بالعقد ؟ وهـٰذا بيّن ، ثم انتهىٰ إلى الكلام في الاستبدال عن الثمن المتلزم في الذمة ، فذكر فيه **قولين** ، وهما مشهوران .

ثم قال : لو كان الثمن دراهم معينة ؛ فالأصح : أنه لا يجوز الاستبدال عنها ؛ لأنها تتعين بالتعيين ، ونزلت منزلة سائر الأعيان . وذكر وجهاً أنه يجوز الاستبدال عنها إذا جَوَّزنا الاستبدال عن الثمن الواقع في الذمة ؛ لأن الدراهم لا تعنىٰ لأعيانها ، وإنما تعنىٰ لنقودها وماليتها ، والقصود مرعية في جواز الاستبدال ومنْعه ، ولذلك منعنا الاستبدال عن المُسْلَمِ فيه وإن كان ديناً في الذمة ؛ فإن جنسه مقصود في وضع العقد ، كما أن الأعيان مقصودة ، فإذا لم يمتنع التحاق الدين بالعين في منع الاستبدال ، لم يبعد التحاق بعض الأعيان بالديون التي يجوز الاستبدال عنها .

وهـٰذا وجه بعيد/ ؛ من قِبَل أن الدراهم إذا حكمنا بتعيينها ، فالعقد ينفسخ بتلفها ، وهـٰذا يؤذن بضعف الملك فيها ، فيبعد تصحيح الاستبدال عنها . ش ١٧٩

فرع يتعلق بالصيد والإحرام :

٨٥٨٢ـ لا بد فيه من تجديد العهد ببعض ما سبق في المناسك ، فنقول : المُحْرِم ممنوع من ابتياع الصيد ، فلو اشترىٰ صيداً ، فمن **أصحابنا** من أجرىٰ في صحة شرائه قولين : **أحدهما** ـ إنه لا يصح الشراء ولا يملك الصيد .

والثاني ـ يصح الشراء ويملك . وهـٰذا يستند إلى القول في أن المُحرِم إذا كان في ملكه صيدٌ قبل الإحرام ، فإذا أحرم ، فهل يزول ملكه عنه ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ يزول ملكه بنفس إحرامه .

والثاني ـ لا يزول أصلاً .

ومن **أصحابنا** من قال : لا يزول الملك بالإحرام الطارىء قولاً واحداً . ولـٰكن هل يلزم المحرمَ إرسالُ ذلك الصيد ؟ فعلىٰ **قولين** .

ومما يتعلق بذلك أنّا وإن قلنا : [يتصور][1] من المحرم أن يتملك صيداً في الابتداء

(١) في الأصل : التصوّر .

قصداً واختياراً ، فالصيد يدخل في ملكه بالطرق التي لا اختيار فيها ، كالإرث ، ثم يلزمه إرساله ، وهـٰذا بمثابة قطعنا القول بأن الكافر يرث العبد [المسلم][1] .

قال **الشيخ** : إذا قلنا : إن طروء الإحرام يزيل الملك عن الصيد ، فلا يبعد علىٰ ذلك أن نقول : الإحرام يمنع حصول الملك بجهة الإرث ؛ فإنه إذا قطع الملك المستدام ، يجوز أن يمنع حصول الملك بجهة الإرث .

فهـٰذا شيء ذكره من تلقاء نفسه ، والمذهب الذي صار إليه **الأصحاب** أن الإحرام لا يمنع حصول الملك القهري ؛ فإنه يبعد أن يرث شيئاً ولا يرثَ شيئاً ، ثم يدخل في ملكه فيزول إن فرعنا علىٰ أن الإحرام يقطع دوام الملك .

ومما ذكره في مقدمة المسألة : التعرضُ للخلاف المشهور في أن رجوع نصف الصداق إلى الزوج هل يتوقف على اختياره ؟ وهـٰذا مما ذكرناه .

٨٥٨٣ـ ثم قال : إذا ارتدت المرأة قبل المسيس ، اقتضىٰ ذلك ارتداد جميع الصداق إلى الزوج ، ولا أثر للاختيار في ذلك وجهاً واحداً ، وكذلك كل نكاح ينفسخ ، ويجب من انفساخه ارتدادُ جميع الصداق ، فلا أثر للاختيار . وهـٰذا الذي ذكره حكايةٌ ، وهو موثوق به فيما يحكيه . والفرق بين الطلاق وبين الفسخ ، أن الفسخ بطباعه يقتضي ردَّ العوض ، بخلاف الطلاق ؛ فإنه تصرُّفٌ في العقد وليس فسخاً له .

وإذا ارتد الزوج ، فارتداده يوجب تشطّر الصداق ، والذي أراه أن الوجه الضعيف في اشتراط اختيار التمليك ، يجري في النصف الذي يرتد إلى الزوج/ بردته ؛ فإن ردة الزوج قبل المسيس ، تنزل منزلة الطلاق ، فهـٰذا ما أردناه في ذلك . ١٨٠ ي

٨٥٨٤ـ ثم نعود إلىٰ فرع **ابن الحداد** ، وقد ذكر صورتين : **إحداهما** ـ أن الرجل إذا أصدق امرأته صيداً ، ثم أحرم الزوج ، وارتدت المرأة قبل المسيس ، فيرتد الصداق إلىٰ ملك الزوج مع إحرامه ؛ فإن هـٰذا ملك ضروري ، فكان بمثابة الإرث . وكذلك لو

---

(١) في الأصل : الملىٰ . (كذا) وما أثبتناه هو الموافق لحكم المسألة في مواطنها . والمعنىٰ هنا : أن المحرم يتملك الصيد قهراً بالإرث ثم يلزمه إرساله ، مثل الكافر الذي يتملك العبد المسلم بالإرث ثم يلزمه إرساله بالبيع .

كان باع صيداً وهو مُحِلٌّ ، ثم أحرم ، فرُدّ عليه الصيدُ بالعيب ؛ فإنه يدخل في ملكه ، ثم يتعين عليه إرساله ، فإن أرسله ، فلا كلام . وإن بقي في يده حتىٰ أحل ، فهل يجب الإرسال في هـٰذه الصورة ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ يجب ، وفاءً بما تقدم .

والثاني ـ لا يجب ، ويكون بمثابة الكافر إذا أسلم عبده وألزمناه بيعه ، فلم يبعه حتىٰ أسلم ، فلا يلزمه الآن بيعه .

ويترتب علىٰ هـٰذا أنَّا إذا قضينا بأن الإحرام يقطع دوام ملك المحرم عن الصيد ، فإذا اضطررنا إلى الحكم بارتداد الصيد إليه ، فهل نقول : يرتد إليه ملكاً ويزول ؛ تفريعاً علىٰ هـٰذا الوجه ، كما يرث الصيد ثم يزول ملكه ؟ والظاهر : أنَّا نقول بهـٰذا إذا فرعنا علىٰ زوال الملك ، ولـٰكن هـٰذا القول ضعيفٌ . والتفريع على الضعيف يتخبط .

فأما[1] إذا طلق الزوج المحرم زوجته قبل المسيس والصيد في يدها ، فإن قلنا : النصف من الصداق لا يرتد إلى المطلق إلا [باختيار][2] التملك ، فليس له اختيار التملك ، فإذا امتنع الاختيار بسبب الإحرام ، فله أن يغرِّمها نصفَ القيمة ، وليس لها أن تقول : لا أغرم لك شيئاً ، فإنك أُتيتَ من جهة نفسك هـٰكذا .

وفي المسألة أدنى احتمال .

وإن قلنا : لا حاجة إلى الاختيار والطلاق مشطِّر بنفسه ، فعلىٰ هـٰذا ، إذا طلقها وهو محرم ، فإن قلنا : لو اشترىٰ صيداً ملكه ، فإذا طلق ، مَلَكَ نصفَ الصداق . وإن قلنا : لو اشترىٰ لم يملك ، فإذا طلق ، فهل يملك نصف الصيد ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يملك ؛ لأنه اختار الطلاق[3] ، فأشبه ما لو اختار الشراء .

والثاني ـ يملك ؛ لأنه ما اختار التملك .

---

(١) هـٰذه هي الصورة الثانية التي تقع قسيماً للصورة التي ترتد فيها الزوجة ، وقد ذكرناها آنفاً .

(٢) في الأصل : باعتبار .

(٣) لأنه اختار الطلاق : المعنىٰ أنه بإيقاعه الطلاق ، والطلاق مشطّرٌ بنفسه ، فكان كأنه أوقع الشراء والتفريع علىٰ أنه لا يملك الصيد بالشراء .
والوجه الثاني ـ يملك نصف الصداق ، لأن إيقاعه الطلاق ليس اختياراً لتملك نصف الصداق (الذي هو الصيد) وإنما دخل نصف الصداق في ملكه قهراً .

=

وقد مضىٰ معظم ذلك في كتاب الحج .

٨٥٨٥ـ ثم يتصل بذلك أنه إذا طلقها قبل المسيس وقلنا : يرتد إليه نصف الصيد ، فموجب ذلك أن يتعين الإرسال عليه ، ولـٰكن إرساله عَسِرٌ ؛ إذ ليس جميع الصيد عائداً إلى المُحرم ، وإرسالُ البعض غيرُ ممكن . فإن لم يرسله حتىٰ تلف في يده ـ والإحرام مستدامٌ بعدُ ؛ يضمن نصف الجزاء ، وإن أرسله ، فقد برىء عن الجزاء عند تقدير التلف ، ولـٰكنه يغرَم نصف القيمة للمالك[1] ، وهو الذي ورّط نفسه في هـٰذا التضييق .

ويتعارض/ في هـٰذه المسألة أمران متناقضان ؛ فإنَّا لو قلنا : يجوز إرسال الصيد ، كان ذلك تسليطاً علىٰ تفويت ملك الغير ، وإن قلنا : ليس له إرساله ، كان ذلك إذناً للمحرم في إمساك الصيد ، والجمع بين الأمرين مستحيل . ١٨٠ ش

ولو قال قائل : أوجبوا الإرسال ، وضمِّنوه قيمة نصيب الشريك ، وقد يجوز إخراج مال الغير في مظان الضرورات ومسيس الحاجات .

هـٰذا خرَّجه بعض الحذاق على الاختلاف المعروف في أنه إذا اجتمع حقُّ الله تعالىٰ وحق الآدمي في أمرٍ مالي ، فكيف الوجه فيه ؟ فمن رأىٰ تقديم حق الله تعالىٰ ، لم يُبعد أن يوجب الإرسالَ في هـٰذه الصورة والتغريمَ .

ومن رأىٰ تقديم حق الآدمي لم يُبعد أن يحرِّم الإرسال ويُلزمه إدامةَ اليد إلى الرد فيكون هـٰذا صيداً يجب على المُحْرِم إمساكه .

ومن لم ير تقديمَ حق الله تعالىٰ ولا تقديم حق الآدمي ، فليس ينقدح علىٰ هـٰذا إلاَّ أن يتخير في الإمساك والإرسال ، فإن أرسل عُزِّر وغُرِّم ، وإن أمسك عُزِّر ، وإذا أتلف ، لزمه الجزاء .

٨٥٨٦ـ وقد تَعْرِض عند ذلك مسألة أجريناها في الأصول[2] ، وهي : أنه لو اتفق وقوع إنسان علىٰ صدرِ مريضٍ بين مرضىٰ ، وعلم أنه لو استقر علىٰ من وقع عليه ،

---

(١) للمالك : المراد هنا الزوجة التي طلقها ، حيث كان الصداق (الصيد) في ملكها .
(٢) ر . البرهان في أصول الفقه : ٢/ فقرة : ١٥٢٧ـ١٥٣٤ .

لمات ذلك المريض ، ولو انتقل منه ، لهلك من ينتقل إليه ، فالذي اخترناه أن هـٰذه واقعة لا نُثبت فيها حكماً بنفيٍ ولا إثبات ، فإنا كيف نفرض الأمر نقع في تجويز قتلٍ محظور ، وإهلاكِ ذي روح محترم . والمصيرُ إلىٰ إخلاء واقعةٍ خطيرة عن حكم الله تعالىٰ في الشرع ليس بالهيِّن .

فليس يبعد عندنا أن يقال بنفي الحرج عنه فيما يفعل ، وهـٰذا حكمٌ . ولا يبعد أيضاً أن يقال : انتقالك ابتداءً فعلٌ منك ، واستقرارك في حكم استدامة ما وقع من سقوطك ضرورياً ، وقد يتجه ذلك بأن الانتقال إنما يجب في مثل ذلك إذا كان ممكناً ، ولو امتنع ، فإيجابه محال ، والممتنع شرعاً كالممتنع حِسّاً وطبعاً ، ولئن عظم وقع الكلام فيما يتعلق بالدماء ، فالتخيير ليس بدعاً في الأموال ، وما يتعلق بجزاء الصيد ؛ فإنا قد نبيح الصيدَ للمحرم ، وقد نبيح للإنسان مالَ غيره .

ولو وقع بين أوانٍ فلا بد من انكسار بعضها ، أقام أو انتقل ، فيتعين في هـٰذه الصورة القول بالتخيير .

فَرْعٌ : **٨٥٨٧ـ** يتعلق بضمان الأب مهر زوجة الابن .

وهـٰذا قد أجريته فيما تمهد من الأصول ، ولـٰكن رأيت **للشيخ** تصرفاً فلم أجد بداً من الإعادة ، وإن مست الحاجة إلىٰ تكرير ، فلا مبالاة به .

المنصوص **للشافعي في الجديد** : أن الأب إذا قبل لابنه الصغير نكاح امرأة ، فلا يصير ضامناً للمهر بنفس النكاح/ ، فإن ضمنه ، صار ضامناً ، كما يضمن سائر الديون اللازمة ، فيلتزمها ، ثم إذا ضمن وغرم ، فهل يرجع بما غرم ؟ ي ١٨١

قال **الشيخ** : إنْ قَيّد ضمانَه بشرط الرجوع ، ولَفَظَ ذلك صريحاً ، فيملك الرجوع إذا غرم . وإن لم يشترطْ الرجوع ، لم يضمن . واكتفىٰ بعض **المحققين** بقصد الرجوع منه والنيةِ من غير لفظ ، وهـٰذا المسلك أفقه وأليق ؛ وقد ذهب كثير من **أصحابنا** إلىٰ أنه يُكتفىٰ بأحد شِقَّي البيع ، فإذا كان يسقط التلفظ بأحد شِقّي العقد ، لم يبعد أن يسقط التلفظ بشرط الرجوع . ويمكن أن يُبنىٰ ما ذكر **الشيخ** من اشتراط اللفظ وما اكتفىٰ به غيره من النية والقصد ؛ على الاختلاف الذي قدمناه في أنّا هل نكتفي بأحد شِقَّي العقد أم لا ؟ هـٰذا تفريع على القول **الجديد** .

وللشافعي قول في **القديم** أن الأب يصير ضامناً للمهر بنفس العقد ، وإن لم يُصرح بالضمان ، فإذا فرعنا علىٰ ذلك وغرم الأبُ ما ضمنه ، قال **الشيخ** : لا يرجع به ، وقد حكيت فيما تقدم مثل هـٰذا من أجوبة **القاضي** ، وقد شبهنا غرامته المهر بما تلتزمه العاقلة من أُروش الجنايات ؛ فإنهم لا [يرجعون][1] به على الجاني خطأً .

وقد قدمت أن إثبات الرجوع متجه ، والقياس علىٰ تحمل [العقل][2] بعيد .

وقد قدمنا في ذلك أوجهاً ، ونحن نضم إليها مزيدَ بيانٍ ، فنقول : لم يختلف العلماء في أن الصبي إذا بلغ ، طولب بالمهر ، والقاتل خطأً لا يطالب بأرش الجناية مع العاقلة ، وإذا أبرأ مستحق الأرش القاتلَ ، لم يكن لهـٰذا الإبراء معنىً ، والمرأة إذا أبرأت زوجها الصغير عن الصداق ، صح إبراؤها ، وفيما قدمته قبلُ مزيد كشف .

٨٥٨٨ـ ثم من لطيف الكلام أن الأب إذا ضمن ـ على القول **الجديد** ـ ولم نُثبت له حق الرجوع ، فإذا توجهت الطلبة عليه عن جهة ضمانه ؛ فله أن يؤدي المهر من مال الطفل ، فيكفيه ذلك غُرمَ الضمان . ولو قال المطالب : لست أوجه الطلب عليك من جهة الطفل ، وإنما أطالبك بموجب التزامك وضمانك ، فهـٰذا لا حاصل له ؛ فإن مقصوده الوصول إلى الدين .

ولو قال : أجزتُ مالي على الطفل ، لم يتأت منه مع ذلك توجيه الطلب على الضامن في هـٰذا المقام ؛ فإن الضامن يقول : إذا كنت تطالبني ، فلي غرضٌ ظاهر في تأدية الدين من مال الطفل . ولو طالب الأبَ بحكم الضمان مع إبراء الابن ، اعتباراً بالعاقلة التي وقع الاستشهاد بها ؛ فهـٰذا محالٌ عندنا ؛ فإن الطفل في مرتبة الأصيل ، والأب في مرتبة الكفيل ، فيستحيل إخراج الأمر عن حقيقة الضمان .

فَرْعٌ / : **٨٥٨٩ـ** مشتملٌ علىٰ مسألةٍ دائرة فقهية سبقت في النكاح ، ولـٰكنا نُعيدها لدقيقةٍ مستفادة . فنقول : إذا أذِن السيد لعبده حتىٰ نكح حرةً بمهرٍ ، والتزم السيد ذلك المهرَ ، إمَّا بصريح الضمان علىٰ **الجديد** ، وإمَّا بحكم الإذن في العقد ـ علىٰ **القديم** ،

١٨١ ش

(١) في الأصل : يرفعون .
(٢) في الأصل : العقد .

ثم إنَّ الحرة اشترت زوجها من مولاه بالمهر ، فالبيع مردود ؛ فإنه لو صح ، لانفسخ العقد ، وإذا انفسخ قبل المسيس ، ترتب عليه سقوطُ المهر ، [وإذا سقط][1] المهر ـ وهو الثمن ـ بطل البيع لعُروّه عن الثمن . ولو فرضت المسألة بعد المسيس ، فهي **مسألة الرؤيا** ، وفيها [تصرفٌ للقفال][2] ، فلا حاجة إلى الإعادة .

وقد ذكر **الشيخ أبو علي** في هـٰذا المنتهىٰ كلاماً هو الذي حملنا علىٰ رسم الفرع وإعادة ما فيه ، وذلك أنه قال : إنما ذكر **القفال** ما ذكره بعد المسيس ؛ لأنها إذا ملكت زوجها ، سقط ما على العبد لها ؛ فإنها مالكة ، والمالك لا يستحق علىٰ مملوكه ديناً . قال : وهـٰذا فيه نظر ؛ فإنَّ المهر جُعِلَ ثمناً ، وملك رقبة العبد لا يحصل إلا بإزاء سقوط المهر لأجل الثمنية . ثم إذا سقط المهر بهـٰذا السبب ـ وهو مقتضى المعاوضة ـ فكيف يقال بعد ذلك : إذا ملكته ، سقط بالملك عنه ؟ ثم يسقط عن السيد كما يسقط الدَّين عن الكفيل ببراءة الأصيل ؟ هـٰذا قول **الشيخ** واستدراكُه .

٨٥٩٠ـ وفي المسألة نظرٌ دقيقٌ ، فنقول : ما ذكره **القفال** وجلّىٰ فيه رؤياه ، ثم مراجعته **المشايخ** وتقريرهم إياه يُخرَّج علىٰ قاعدةٍ سنصفها ، فنقول : اختلف **أئمتنا** في أنَّ من ملكَ دَيْناً علىٰ مملوك لغيره ، ثم ملك ذلك المملوك ، فهل يسقط الدين [سقوط][3] انبتات ؛ حتىٰ إذا عَتَق ، لم يطالبه المولىٰ ، أم يبقى الدين في ذمته وتسقط الطلبة في الحال ، لتحقق إعسار العبد في حق المولى ؟ فإنَّ ما يؤدي العبد الديونَ [منه][4] في ديون المعاملات الكسبُ ، وهو ملك المولىٰ ، وفائدة بقاء الدين في ذمته أنه إذا أعتق ، طالبه إذ ذاك .

فنعود ونقول : المهر لا يسقط بعد المسيس . هـٰذا ما عليه التفريع ، فإذا كان المهر لا يسقط بحكم النكاح ، فالمرأة إذا ملكت زوجها ، فهل تستحق عليه الدين أم يسقط ؟ قال **القفال** : إن قلنا : لا يسقط ، فالمسألة لا تدور والبيع يصح ، ولئن

---

(١) في الأصل : وأسقط المهر .

(٢) في الأصل : تصرف القفال .

(٣) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : منها .

تعذّرت مطالبة المملوك لإعساره ، فلا تعذر في مطالبة الضامن .

وإن قلنا : يسقط الدين عن المملوك بطريان ملكِ مستحِق الدين علىٰ رقبته ، قال : فالمسألة تدور ؛ فإن المهر يسقط بعلة طريان الملك وإن لم يسقط بعلةٍ في/ النكاح من فسخ أو انفساخ ، فإذا كان الدين يسقط ، فالمسألة تدور ، وإن خالفت عِلَّةُ الإسقاط بعد المسيس عِلَّته قبل المسيس . ١٨٢ ي

وقد حكينا استدراكَ **الشيخ أبي علي** .

وللمذهبين عندي **وجهان** إذا ذكرناهما ، بان بهما حقيقةُ المسألة فنقول : إذا فرعنا علىٰ أن الدين يسقط بطريان الملك ، فله مسلكان : **أحدهما** ـ أن يسقط الدين بملك الرقبة ، كما ينسفخ النكاح بملك الزوج أو الزوجة ، هـٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أن يملك الدينَ على العبد ، ثم يسقط ، كما يملك من يشتري أباه الأبَ ، ثم يعتِق عليه ، فإن جعلنا نفسَ ملك الرقبة مسقطاً للدين ، فمعناه أنه لا [يضادّه][١] بل يعاقبه معاقبةَ الضد ، فعلىٰ هـٰذا تدور المسألة ، كما قال **القفال** ؛ فإنَّ الملك وسقوطَ الديْن بعِلَّتِه ، ووقوعَ الثمن ، يُفرض على اقترانٍ ليس [فيه][٢] تقدم ولا [تأخّر][٣] ، فيلزم من هـٰذا ما ذكره **القفال** .

وإن قلنا : من طرأ ملكُه يملك الدين ويسقط ـ كما ذكرناه في شراء القريب ، فيتجه علىٰ هـٰذا ما قاله **الشيخ** ؛ فإن الدين إنما يسقط بتقدير ملك الدين وتعقيب السقوط إياه ، فإذا صار الدين مستغرقاً بالثمنية ، لم يسقط بالملك ؛ لأنه لا يدخل في الملك مع الرقبة ، حتىٰ إذا دخل سقط .

فإن قيل : هل يتوجه تصرفُ **الشيخ** قبل المسيس ؟ قلنا : لا ، فإنَّ المهر يسقط قبل المسيس ـ على القول الأصح ـ بالفسخ الواقع قبل المسيس ، ولا ينتظم فيه ما تكلفناه بعد المسيس **للشيخ أبي علي** من تقدير ملك الدين وترتُّبِ السقوط عليه .

والذي يوضح ذلك أنَّ استيعاب المهر مع جريان الفسخ المسقط للمهر محال ،

---

(١) في الأصل : يضامّه . والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٢) في الأصل : فيها .
(٣) في الأصل : تأخير .

ولهٰذا نص **الشافعي** علىٰ قول التفريق فيه إذا اختلعت المرأةُ نفسها بصداقها قبل المسيس ؛ فإنَّ نفس الاختلاع يوجب التشطير ، ولا يثبت العوض إلا علىٰ ما يقتضيه الخلع من التشطير ، وهٰذا بيّنٌ .

٨٥٩١ـ ثم ذكر **الشيخُ** مسألةً فرضها ، وصور [الدَّوْرَ][١] فيها ، ونحن نذكرها علىٰ وجهها ، فنقول : إذا سلَّمَ السيدُ ديناراً إلىٰ عبده ، وأذن له أن يتزوج به حرةً ، فإذا تزوجها [بذلك الدينار][٢] ، وسلمه إليها ، ثم إن السيد باع ذلك العبدَ من زوجته بذلك الدينار الذي قبضته صداقاً ، وهي غيرُ ممسوسة ، قال : لا يصح البيع للدَّوْر ، وتدور المسألة ؛ لمكان وقوع الفسخ قبل المسيس/ . ش ١٨٢

وذكر هٰذه المسألة بعد المسيس ، وأجرىٰ فيها[٣] جوابَي **القفال** في مسألة الرؤيا .

وهٰذا فيه نظر بيِّن ، فإذا وقع البيع بعد المسيس ، فيجب القطع بصحة البيع ؛ فإنَّ ما قدمناه في دينٍ في ذمة العبد يسقط علىٰ تقديرٍ قدمتُه ، وإذا كان المهر عيناً ، وقد ملكتْه قطعاً ، واستقر ملكها فيه ، فطريان الملك على الرقبة كيف يؤثر ! ؟

وهٰذا أراه وهماً وغلطاً[٤] ؛ فإنَّ **القفال** بنىٰ كلامَه علىٰ سقوط الدين عن ذمة العبد ، ثم علىٰ سقوطه عن ذمة السيد ؛ من حيث كان العبدُ أصيلاً والسيدُ كفيلاً ، وشيء من هٰذا لا يُتخيل في الصداق المعين .

فَرْعٌ : **٨٥٩٢ـ** يشتمل علىٰ مُعادٍ وزوائدَ مستفادة .

إذا أذِن السيد لعبده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ووطىء ، ففي متعلّق المهر اختلافٌ مشهور ، ولو نكح بغير إذن سيده نكاح شبهة ، فوطىء ، ففي متعلق المهر اختلافُ أقوالٍ أيضاً : **أحدها** ـ إنه يتعلق برقبة العبد . **والثاني** ـ يتعلق بذمته ؛ فإن النكاح لم يجر بإذن السيد ، فلم يتعلق المهر بكسبه ، فرجع ظاهر ما ذكره **الأصحاب** إلىٰ قولين وسيتبين قولٌ ثالث مفصّل .

---

(١) في الأصل : « الديون » .

(٢) في الأصل : بغير ذلك الدينار .

(٣) عبارة الأصل : وأجرى القفال فيها جوابي القفال .

(٤) في الأصل : وهما غلطا .

قال **ابن الحداد** : وإن نكح حرةً بإذنها أو نكح أَمَةً بإذن سيدها ، لم يتعلق المهر بالرقبة ، وإن نكح امرأةً بغير إذن سيدها ووطئها ، فيتعلق المهر بالرقبة في هـٰذه الصورة .

فمِنْ **أصحابنا** مَن وافقه علىٰ تفصيله . فيقول : إن نكح أمةً بغير إذن سيدها ، فيجب القطع بأن المهر يتعلق بالرقبة إذا وطىء ، وإن كان بإذن السيد أو كان ذلك مع حرة ، فيتردد القول في متعلق المهر . ومن **أصحابنا** من قال : إذا نكح أمةً بغير إذن سيدها ووطئها ؛ فلا نقطع بتعلق المهر بالرقبة ، بل نخرِّج المسألةَ على الاختلاف ؛ فإن لرضا الأمة تأثيراً في الجملة ، وإن لم يأذن السيد ، والدليل عليه : أنَّ الأَمَةَ إذا طاوعت على الزنا ، فلا مهر لها علىٰ أحد الوجهين .

فينتظم في متعلق المهر **أقوال** : **أحدها** ـ إنه يتعلق بالرقبة من غير فصل .

والثاني ـ إنه لا يتعلق بالرقبة من غير فصل .

والثالث ـ إنه يفصل بين الحرة وبين الأمة تنكح من غير إذن سيدها .

فَرْعٌ : **٨٥٩٣** ـ إذا نكح الرجلُ أَمَةً نكاحاً فاسداً ووطئها ، فعليه مهر مثلها ، ثم يعتبر مهر مثلها بوقت الوطء دون العقد ؛ فإنَّ العقد لم يُفد ملك البضع ، بل لغا وفسد ، فلا حكم له ، وليس ذلك كنكاح المفوضة . [فإن][1] لم نوجب بنفس العقد مهراً ، ثم أوجبناه عند الوطء ، فقد نعتبر في مقدار مهر المثل كمالَها يوم العقد ، وذلك أن النكاحَ ملَّك البضع وأفضىٰ إلىٰ/ استيفائه ، فكان اعتبارُ وقته محمولاً علىٰ كونه مملِّكاً للبضع ، مفضياً إلى التسليط على الوطء ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في النكاح الفاسد . ١٨٣ ي

ثم إذا وطىء الرجل المرأة في نكاح فاسد مراراً مع اتحاد الشبهة ، فلا يلتزم إلا مهراً واحداً إجماعاً ، ولو وطئها مع اتحاد الشبهة ، وهي هزيلة ومهر مثلها خمسمائة ، ثم حسنت ، فوطئها مرة أخرىٰ ـ والشبهة واحدة ـ ومهر مثلها ألف ، فيلتزم الواطىء أكثرَ المهرين ؛ فإنَّا نُقَدِّر كأنَّ الوطء الأول لم يكن .

---

(١) في الأصل : فإنا .

والذي يحقق ذلك أن الحدود على الاندراج والتداخل ، وهي مبنية على الاندفاع ، فلو زنا عبدٌ في رِقِّهِ ، ولم نُقم عليه الحد ، فَعَتَقَ ، [وزنا][1] في الحرية ، فإنا نقيم عليه حدَّ الأحرار .

فإن قيل : الأب إذا وطىء جاريةَ ابنهِ مراراً ، فالشبهة واحدة ، وهي حق الإعفاف ، فيتحد المهر أم يتعدد ؟ قلنا : ذكر **الإمام**[2] **وجهين في ذلك** ، والمسألة محتملة لترددها بين وطء الشبهة وبين إتلاف المتقومات المتعددة . ويجب القطع بأنَّ الغاصب إذا وطىء الجاريةَ المغصوبة قهراً مراراً ، يلزمه بكل وطأة مهر جديد ؛ فإنَّ ذلك إتلاف محض ، وليس فيه تخيل شبهة شاملة تتصف بالاتحاد .

فَصْلٌ

٨٥٩٤ـ إذا زَوَّجَ الرجلُ أَمَتَهُ بصداق معلوم ، ثم باعها ، أو أعتقها ، فالمهر بكماله للسيد المزَوِّج ؛ سواء اتفق الوطء في ملكه ، أو اتفق بعد زوال ملكه ، وهـٰذا إجماع .

ولو أَجَّرَ عبدَهُ سنةً ، فمضىٰ نصف المدة ، فأعتقه ؛ يجب الوفاء بالإجارة في بقية المدة ، ثم هل يرجع بأجر مثل نفسه بعد العتق علىٰ سيده في بقية المدة ؟ فعلىٰ وجهين .

ولا خلاف في النكاح أنَّ الأمة وإن بقيت في النكاح بعد العتق ، فلا مرجع لها علىٰ سيدها ، بل جميع المهر للسيد . ثم إذا باعها السيد ، فليس للمشتري أن يحبسها حتىٰ يتوفر الصداق على البائع . وهـٰذا محال تخيله . وكذلك لو أعتقها ، فليس لها أن تحبس نفسها ، فلو زوّج أمة مفوِّضة ، ثم باعها ، فإن جرىٰ فرض المهر وهي ملك الأول ، فالمهر للأول ، وإن جرى الفرض في ملك المشتري ، فهـٰذا يبتني علىٰ أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم لا ؟ وقد تمهد هـٰذا فيما مضىٰ .

---

(١) في الأصل : وزوىٰ .
(٢) « الإمام » يعني والده .

فَرْعٌ : ٨٥٩٥ـ إذا اختلف الزوجان في الصداق ، فزعم الزوج أنه أصدقها هـٰذا العبد ، فأنكرته ، وقالت : بل أصدقتني هـٰذه الجارية ؛ فالمذهب : أنهما يتحالفان ؛ فإنهما اتفقا علىٰ مقابل المهر ـ وهو البضع ـ فكان اختلافهما في العوض موجباً للتحالف ، وذكر الشيخ وجهاً ضعيفاً أنهما/ لا يتحالفان ؛ فإن الصداق في حكم عقد مفرد عن النكاح ، والنكاح علىٰ جانب منه ، ولذلك لا يرتد برده ولا يفسد بفساده . ١٨٣ ش

ثم [إذا][1] اختلفا في الصداق نفياً وإثباتاً ، فلم تجتمع دعواهما علىٰ شيء ، فكان كما لو قال : بعت منك هـٰذا العبد بألف درهم ، وقال المشتري : لا ، بل اشتريت منك هـٰذه الجارية بمائة دينار ، فلا تحالف والحالة هـٰذه ، بل كل واحد منهما منفرد بدعوىٰ لا تعلق لها بدعوى الثاني ، فالوجه أن نفصل كل خصومة بطريقِ فَصْلها .

والصحيح أنهما يتحالفان .

وقد ذكرنا صور التحالف في كتاب البيع ، ونحن نقتصر هاهنا علىٰ مقدار غرضنا في الصداق .

٨٥٩٦ـ فإذا تبين أصلُ الاختلاف ، وظهر أن المذهب التحالفُ ، فنفرض مسألة ذكرها ابن الحداد ، ونخرّجُها على القاعدة .

فإذا كان في ملك الرجلِ أُمُّ امرأة وأبوها ، فنكحها وأصدقها أحدهما ، ثم اختلفا ، فقال الزوج : أصدقتُكِ أباكِ ، وقالت هي : بل أصدقتني أُمي ، فالمشهور أنهما يتحالفان ، وفيه الوجه البعيد أنهما لا يتحالفان .

فنفرع ونقول : إنْ قلنا : يتحالفان ، فإن حلفا جميعاً ، استحقت المرأة مهر المثل ورَقَّت أمُّها التي ادعت عتْقَها بالإصداق ، وأما أبوها فقد عَتَق بإقرار الزوج ، ولا نجد بقيمته مرجعاً عليها ؛ فإنها مُنكرة ، وولاء الأب موقوف ؛ من جهة أنه لا يدعيه أحد ، هـٰذا إذا تحالفا .

فأما إذا حلف الزوج علىٰ ما ادعاه وعرضنا اليمين على المرأة ، فنكلت ، فترق الأم

---

(١) زيادة من المحقق ، لاستقامة الكلام .

كما ذكرنا ، ويثبت أن الأب صداقٌ ، ويعتِق بهـٰذا الحكم ، ولا مهر لها سواه ، والولاء موقوف أيضاً ؛ لأنها منكرة .

وبمثلها لو قال : أصدقتُكِ أباك ونصفَ أمك ، وقالت هي : بل أصدقتني أبي وأمي جميعاً ، فإن تحالفا ، عَتَقَ الأب ونصفُ الأم ، فإن كانت موسرة ، فيعتق الأب وتمامُ الأم . وإن كانت معسرة ، فيعتق الأبُ ونصفُ الأم ، ولها مهر مثلها في الصورتين ، وعليها قيمة أبويها إن كانت موسرةً ، وإن كانت معسرة فقيمة الأب ونصف قيمة الأم ، ثم يقع التقاصّ في أطراف المسألة ، وكيفما دارت المسألة ، فلها مهر مثلها عند التحالف ؛ لانفساخ الصداق .

وإن حلفت هي ، ونكل الزوج عَتَق الأبوان ، وإن كانت معسرة ؛ فإنه ثبت الصداق علىٰ موجَب [قولها][(١)] ، ولم ينفسخ ، وليس لها مهر المثل ؛ فإنها استوفت حقها .

وإن حلف هو ونكلت ، عتق أبوها ونصفُ أمها إن كانت معسرة ، وليس لها مهر المثل ؛ إذا[(٢)] ثبتت بيمينه جملةُ المقصود . وإن كانت موسرة ، عتقا ، ولا مهر لها ، ويرجع عليها بنصف قيمة الأم ؛ لمكان السراية ، وقد ثبت عليها دعوى الزوج ، فيثبت موجبها .

هـٰذا كله تفريع علىٰ ظاهر/ المذهب ، وهو أنهما يتحالفان . ي ١٨٤

٨٥٩٧ـ وإن فرعنا على الوجه الضعيف الذي حكاه **الشيخ** في أنهما [لا][(٣)] يتحالفان ، فقد قال : إذا ادعت المرأة أن أمَّها صداقُها ، وأنكر الزوج ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن حلف رقَّت ، وأما الأب ؛ فإنه حرٌّ بإقراره ، ثم قال : لا حلف عليها ، ولها مهر مثلها في هـٰذه الصورة .

وعلَّل بأن الزوج إذا اعترف بعتق الأب ، فلا يتجه منه أن يدعي[(٤)] على الزوجة ،

---

(١) في الأصل : علىٰ موجَب ولها .
(٢) إذا : هنا بمعنىٰ (إذ) وهو استعمال فصيح ، بينا صحته مراراً .
(٣) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .
(٤) أي ليس قوله : أصدقتك أباك دعوىٰ عليها ، بل هو دعوىٰ لها .

أي[١] أصدقتك هـٰذا فاستحققتيه ، ولسنا نفرع علىٰ قول التحالف حتىٰ يتعرض كل واحد منهما للنفي والإثبات ، بل نميز الدعوىٰ عن الدعوىٰ ، ولا تكاد تصح صيغة في الدعوىٰ للزوج ؛ فإنه إذا كان ادعىٰ أنك استحققتيه ، [كان هـٰذا][٢] دعوىٰ لها لا دعوىٰ عليها ، وإن ادعىٰ عليها أنك لا تستحقين مهر المثل ، كان هـٰذا جواب من يدعي عليه ، لا ابتداء دعوىٰ ؛ فإن المرأة إذا ادعت حقها ؛ فالقول قوله في أنه لا حق لك ، فإذا انحسم سبيل دعواه عليها ـ والنكاح ليس عارياً عن المهر بالاتفاق ـ فلا وجه إلا الرجوع إلىٰ مهر المثل .

وهـٰذا الذي ذكره مشكل ؛ فإن الصداق ليس ينفسخ إذا كانا لا يتحالفان ، فيبعد أن نُثبت لها بطريق الدعوىٰ عليه مهرَ المثل ، فليقل الزوج : صداقكِ هـٰذا لا مهرُ المثل . والمسألة محتملة جداً .

فَرْعٌ : ٨٥٩٨ـ ذكر **صاحب التقريب** أنَّا إذا حكمنا بأنَّ الصداق مضمون باليد ، وقلنا : إنه مضمون على الزوج ضمانَ غصب ، فلو وجدت به عيباً ، فالمذهب : أن لها الردُّ ، وإن كان من حكم المضمون بالغصب ألا يُردَّ [بالعيب ، فإن][٣] من غَصب عبداً وتعيّب في يده ، فالغاصب يرده معيباً ، ويضمُّ إليه أرشَ العيب .

قال **صاحب التقريب** : قد ذهب بعض **أصحابنا** إلىٰ أنا إذا جعلناه بمنزلة المغصوب ؛ فإذا حدث به عيب في يد الزوج ، فليس للزوجة خيار الرد ، قياساً على الغصب ، ولـٰكن لها أرش العيب بالغاً ما بلغ ، قال : ويُحكىٰ ذلك عن **أبي حفص الوكيل**[٤] من **أصحابنا** .

---

(١) أي أصدقتك هـٰذا فاستحققتيه : هـٰذا تفسير لقوله : أصدقتك أباك .

(٢) في الأصل : هـٰذا كان .

(٣) زيادة اقتضاها السياق ، وهي نفس عبارة (صفوة المذهب) .

(٤) أبو حفص الوكيل ، عمر بن عبد الله ، أبو حفص بن الوكيل الباب شامي ، الإمام الكبير ، من الأئمة أصحاب الوجوه ، من نظراء أبي العباس ، وأصحاب الأنماطي ، ذكره ابن قاضي شهبة في الطبقة الثالثة ، وهم الذين كانوا في العشرين الأولىٰ من المائة الرابعة ، وقال : إنه توفي بعد العشر وثلثمائة . (ر . طبقات السبكي : ٣/ ٤٧٠ ، وطبقات العبادي : ٧١ ، وطبقات الشيرازي : ١١٠ ، وطبقات الإسنوي : ٢/ ٥٣٨) .

وهـٰذا وإن كان متجهاً في القياس ، فهو بعيد في الحكاية .

وإذا قال قائل بهـٰذا الوجه ، لزمه طردُه علىٰ قولنا : إنه يُضمن باليد ، ولـٰكن لا يُضمن ضمانَ الغصب ، وإن صح هـٰذا مذهباً يفرَّع علىٰ مثله ، فما ذكرناه في العيب المتجدد في يد الزوج .

فأما إذا فرض اطلاعٌ علىٰ عيب قديم كان قبل الإصداق ، فتغريم الزوج أرشَ العيب بعيد ، وإلزام المرأة الرضا بالظلامة بعيد أيضاً ، فليتأمل الناظر ذلك . ولا اعتداد على الجملة بما ذكره ، وأصلُ[1] المذهب ما قدمناه .

وذكر **الشيخ ـ والدي ـ أبو محمد** في الرد بالعيب طريقةً غريبة ، فقال : الرد بالعيب يجري لا محالة ، ولـٰكن إذا ردت المرأة الصداق ؛ فمن **أصحابنا** من قال : الرجوع إلىٰ مهر المثل قولاً واحداً ؛ لأنَّ الصداق ينفسخ بالرد ، ونحن إنما/ نُثبت قيمةَ الصداق إذا تلف في يد الزوج ؛ بناءً علىٰ أن عقد الصداق قائم ، فإذا فُسخ الصداق بالرد ، لم يبق متعلَّق . ش ١٨٤

وهـٰذا لا بأس به ، ولـٰكن يُفسده اتفاقُ **الأصحاب** علىٰ إجراء القولين إذا كان الصداق حُرّاً ، أو تبين مستحَقاً ، فردّ الصداق لا يزيد على اقتران المفسد ، فالتعويل إذن علىٰ ما قدمناه .

فَرْعٌ : **٨٥٩٩ـ** ذكر **صاحب التقريب** في التفريع علىٰ أن عفو الولي عن المهر نافذ ، أنا نشترط أن يقع العفو بعد الطلاق . وهـٰذا قد تقدم ذكره ، فلو جعل الولي المهرَ بدل الخلع ، قال : في المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يجوز ؛ لأن الشرط إنشاء العفو بعد الطلاق ، كما قدمنا تعليله .

والثاني ـ يجوز ؛ فإنه وقع مقارناً للطلاق ، فالواقع معه كالواقع بعده .

فَرْعٌ : **٨٥٩٩/ م ـ** ذكر **بعض المصنفين** أن من جمع بين نكاح وبيع صفقة واحدة ، ففي صحة النكاح **قولان** ، وهـٰذا مدخول . والوجه : القطع بصحة النكاح ، والتردد

---

(١) في الأصل : « أصل المذهب. . . » بدون واو .

في صحة الصداق وفساده ، وإنما أخذ هـٰذا من تردد **الأصحاب** فيه إذا جمع نكاحَ مستحَلَّة ومحرم في عُقدة ، فإنّ نقْلَ قولٍ في فساد نكاح المستحَلَّةِ مشهور علىٰ ضعفه ، وجمع الصفقةِ مختلفين من تفريق الصفقة .

وهـٰذا غيرُ سديد والوجه ما قدمناه .

❊ ❊ ❊



كتاب القَسْمِ والنشوز

قال الشافعي : « قال الله تعالىٰ : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨]. . . إلىٰ آخره »(١) .

٨٦٠٠ـ للرجال حقوق على النساء ، كالتمكين ، والاستقرارِ في البيت ، ويدخل تحت التمكين التنظُّف والاستعداد بالاستحداد وغيره .

ولهن على الرجال المهرُ والنفقةُ والسكنىٰ والكسوةُ ، علىٰ ما ستأتي حقوقُها مفصلةً ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ . قال الله تعالىٰ : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] فاقتضى الظاهر تشبيه ما لهن بما عليهن ، وهـٰذا التشبيه في أصل الحق ، والحقان متشابهان في التأكد ووجوب الوفاء به ، وليسا متشابهين في الكيفية والصفة .

ثم فَسَّر الشافعي : المعروف المذكور في قوله تعالىٰ : ﴿ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] فقال : « **وجماع المعروف بين الزوجين كفُّ المكروه ، وإعفاءُ صاحبِ الحق من المؤنة في طلبه ، لا بإظهار الكراهية في تأديته ، فأيُّهما مطل [بتأخيره]**(٢) ، **فمَطْلُ الغني ظلم** »(٣) .

ومعناه : جملة المعروف بين الزوجين أن لا يؤذي أحدُهما صاحبه ، وينكفُّ عن إلحاق مكروه به ، فالمرأة لاتؤذي الزوجَ بلسانها أو شراستها ، والرجل لا يؤذِيها بوجوه الأذىٰ ، ويعفي كلُّ واحد منهما صاحبَه عن مؤنةٍ في طلب حقه ، فيوفر الزوج الصداقَ عليها ، ولا يحوجها إلىٰ رفعه إلى القاضي ، فقد تحتاج إلىٰ بذلِ مؤونة ومعاناةِ مشقةٍ .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٤١ .
(٢) زيادة من نصّ المختصر .
(٣) ر . المختصر : ٤/ ٤١ ، ٤٢ .

ي ١٨٥ / وكذلك القول في المرأة فيما عليها له ، ولا يُظهر واحد منهما كراهيةً في تأدية حق صاحبه ، فالرجل لا يعبس عند إيفاء حقوقها بل يؤديها كاملة علىٰ طلاقة ، والمرأة لا تعبس إذا قَرِبَها الزوجُ .

ثم قال : « فأيهما مطَلَ فمطل الغني ظلم » ، والمطل : مدافعة الحق مع القدرة على التأدية ، ولفظ « الغني » لا يختص باليسار والثروة ، بل كل متمكن من تأدية حق مستقلٍّ به ، فهو في حكم الغني . وللغني في أسماء الله تعالىٰ معنيان أحدهما : المقتدر ، والثاني : البريء عن الحاجة .

ومن حقوق المرأة على الرجل القَسْم ، وهـٰذا الكتاب بأبوابه معقودٌ له لا غير ، فإن تطرق إليه حكم آخر ، لم يكن مقصوداً بالكتاب .

٨٦٠١ـ فنبتدىء ، ونقول : الرجل لا يخلو إما أن يكون ذا زوجة واحدة ، وإما أن يجمع بين زوجتين فصاعداً ، فإن كان ذا زوجة واحدة ، فلا يلزمه أن يبيت عندها ، ولو لم يدخل عليها قط ، فلا طَلِبةَ عليه إذا كان يوفيها حقوقها ، والذي يقتضيه أدب الدين ألا يعطّلَها ، فقد يُفضي تعطيلُها ـ إذا هي تاقت ـ إلى الفجور ، وفي تعطيلُها إضرارٌ بها ، ولست أُبعد إطلاَق لفظ الكراهية في تعطيلها ، فإنَّا نسمح بإطلاق هـٰذا اللفظ دون هـٰذه الأمور التي أشرنا إليها .

وقد حُكي عن **أبي حنيفة**[١] أنه قال : ينبغي ألا يخليَ أربعَ ليالٍ عن ليلةٍ يقيم فيها عندها ؛ فإنَّ أقصىٰ ما يفرض من النسوة تحته أربع ، ثم ينالُها من القَسْم ليلةً من أربع ليالٍ .

وهـٰذا غير مرضي عند **أصحابنا** ؛ فإنَّ اعتبار أقدار الليالي حيث لا قَسْمَ محال ، ولو نظر ناظرٌ إلى الإضرار ومؤنة أربعة أشهر ، كان بعيداً ، فإن كان الضرار لا يدفعه إلاَّ الاستمتاع ، فهـٰذا[٢] غير مرعي في المبيت الذي نقرر القول فيه .

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٠ ، البدائع : ٢/ ٣٣٣ .
(٢) في الأصل : وهـٰذا .

٨٦٠٢- وإن جمع بين نسوة [أو][(١)] بين امرأتين ، ثم أراد الإضراب عنهن ؛ فلا معترض عليه ، وهُنَّ بجملتهن - إذا أَعرض عنهن - كالزوجة الواحدة ، فإن بات عند واحدة منهن ، لم يكن له تخصيصها ، بل عليه أن يَقسم بينهن ويسوي في المبيت ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **من كان له امرأتان ، فمال إلىٰ إحداهما ، حُشر يوم القيامة وأحدُ شقيه مائل** »[(٢)] .

والذي ذكرناه من الأمر بالتسوية إنما هو فيما يتعلق بالأفعال ، وأما القلوب ، فلا يملكها إلاَّ مقلبُ القلوب ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ﴾ [النساء : ١٢٩] . قال المفسرون : لن تستطيعوا أن تعدلوا بالقلوب ، فلا تُتبِعُوا أهواءكم أفعالكم ؛ [فإن][(٣)] من أتبع هواه فِعلَه ، فقد مال كل الميل ، فكان ميل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلىٰ عائشة من نسائه بيّناً ، وكان يحاول التسويةَ بينهن فعلاً ، ويقول : « **اللهم/ هـٰذا قَسْمي فيما أملك وأنت أعلم بما لا أملك** »[(٤)] . وكان ذلك مشهوراً في الصحابة رضي الله عنهم ، حتىٰ ١٨٥ ش

(١) في الأصل : وبين .

(٢) الحديث : « من كان له امرأتان. . . » رواه أحمد في مسنده : ٢/ ٣٤٧ ، والدارمي : ٢/ ١٩٣ ، ح ٢٢٠٦ ، وأبو داود : كتاب النكاح ، باب القسم ، ح ٢١٣٣ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ، ح ١١٤١ ، والنسائي : كتاب عشرة النساء ، باب ميل الرجل إلىٰ بعض نسائه ، ح ٨٨٩٠ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب القسمة بين النساء ، ح١٩٦٩ ، وابن حبان رقم ٤١٩٤ ، والحاكم : ٢/ ١٨٦ ، وانظر (التلخيص : ٣/ ٤٠٨ ح ١٧١١) .

(٣) في الأصل : قال .

(٤) حديث : « اللهم هـٰذا قسمي فيما أملك. . . » رواه أحمد ، والدارمي ، وأصحاب السنن ، وابن حبان ، والحاكم عن عائشة ، بلفظ : « هـٰذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » وأعلّه النسائي ، والترمذي ، والدارقطني بالإرسال .

(ر . المسند : ٦/ ١٤٤ ، وسنن الدارمي : ٢/ ١٩٣ ، ح ٢٢٠٧ ، وأبو داود : كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ، ح ١٣٤ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ، ح ١١٤٠ ، والنسائي : كتاب عشرة النساء ، باب ميل الرجل إلىٰ بعض نسائه ، ح ٣٩٤٣ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب القسم بين النساء ، ح ١٩٧١ ، وابن حبان : ٦/ ٢٠٣ ، ح ٤١٩٢ ، والحاكم : ٢/ ١٨٧ ، وانظر التلخيص : ٣/ ٢٩٠ ح ١٥٦٣) .

إن الناس كانوا يحسبون ليلةَ عائشةَ وينتظرون ليلتها ، فمن أراد أن يهدي إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية ، كان يُهديها في ليلتها ، فشق ذلك علىٰ صواحبها ، فأتين فاطمة وشكون إليها وحَمَّلْنَها رسالةً ، فبَلَّغنها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **ألا تحبين ما يحب أبوك ، إنَّ جبريل لا يأتيني وأنا في فراشٍ سوىٰ فراش عائشة** »[١] . وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم تسعُ نسوة ، وهو يقسم لثمان منهن ؛ فإنَّ سودة طلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : راجعني لأُحشر في جملة نسائك ، وقد وهبتُ ليلتي لعائشة فراجَعَها[٢] ، وقيل :

---

(١) حديث : « إن الناس كانوا يحسبون ليلة عائشة . . . إلخ » رواه البخاري أتمَّ من هـٰذا ، ففيه استشفاع نساء النبي صلى الله عليه وسلم بأم سلمة أوّلاً ، وقوله عليه الصلاة والسلام لها : « إن الوحي لم يأتني وأنا في ثوب امرأة إلا عائشة » ثم استشفعن ثانيةً بفاطمة ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : « يا بنية ألا تحبين ما يحب أبوك » ، وليس نزول الوحي في ثوب عائشة في جواب فاطمة ، وإنما هو في جواب أم سلمة ، ثم إنهن أرسلن زينب بنت جحش ثالثة للرسول صلى الله عليه وسلم . كل هـٰذا عند البخاري .

وهو عند مسلم مقتصراً على الاستشفاع بفاطمة وجواب الرسول صلى الله عليه وسلم علىٰ نحو ما في البخاري ، ثم الاستشفاع بزينب بنت جحش ، وبدون ذكر لتحري ليلة عائشة بالهدايا .

وعند النسائي : مقتصراً على الاستشفاع بأم سلمة ، بسبب تحري ليلة عائشة بالهدايا ، والاستشفاع بفاطمة وزينب في أحاديث أخرىٰ وعند أحمد من حديث أم سلمة وأن الاستشفاع كان بها والجواب علىٰ نحو ما في البخاري .

(ر . البخاري : كتاب الهبة ، باب من أهدىٰ إلىٰ صاحبه ، وتحرىٰ بعض نسائه دون بعض ، ح ٢٥٨٠ ، وأيضاً : ٢٥٧٤ ، ٣٧٧٥ ، ومسلم : كتاب الفضائل ، باب فضل عائشة ، ح ٢٤٤٢ ، والنسائي : كتاب عشرة النساء ، ح ٣٣٩٦ ، ٣٤٠٣ ، وأحمد : ٦/ ٢٩٣) .

(٢) حديث هبة سودة يومها لعائشة متفق عليه ، رواه البخاري : كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك ، ح ٥٢١٢ ، وأيضاً : ٢٥٩٣ ، ورواه مسلم : كتاب الرضاع ، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ، ح ١٤٦٣ .

وأما خوف سودة من الطلاق سبباً لهـٰذه الهبة ، فقد رواه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ، ح ١٢٣٥ ، والترمذي : كتاب التفسير ، باب ومن سورة النساء ، ح ٣٠٤٠ ، وكذا عند الحاكم : ٢/ ١٨٦ .

أما تطليق سودة ومراجعتها ، فهو عند البيهقي : ٧/ ٧٥ ، ٢٩٧ .

أمره الله تعالىٰ بها ، فقال : « **راجع سودة فإنها صوَّامةٌ قوَّامة** »(١) .

٨٦٠٣ـ وكان صلى الله عليه وسلم لا يُخلّ بالقسْم ، ولا يألو جهداً في رعاية التسوية ، حتىٰ في مرض موته ، قيل : كان يأمر حتىٰ يطاف به علىٰ حُجَر نسائه(٢) وكان يستبطىء ليلة عائشة ، ويقول : أين أنا اليوم ؟ أين أنا غداً ؟ ففطِنّ مراده ، وكان يُمرَّض في بيتِ عائشة إلىٰ أن توفاه الله عز وجل . وعن عائشة أنها قالت : « توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم بين سَحْري ونحري في الليلة التي لم أظلم فيها أحداً »(٣) . أرادت أنه اتفقت الوفاة في نوبتها الأصلية التي لم تكن من قِبَل سودة .

وقد ظهر اختلافُ **الأصحاب** في أنَّ القَسْم هل كان واجباً علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ أو كان يفعله تكرماً ، كما قدمناه في أول كتاب النكاح ، فمن أحلّهن في حقه محل الإماء لم يوجب القَسْم ، كما تقدم شرحه في ذكر خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فصل

قال : « وعماد القَسْم الليلُ . . . إلىٰ آخره »(٤) .

٨٦٠٤ـ المعتمد في زمان القسم الليل ، لأنه سكنٌ ، قال الله تعالىٰ : ﴿ يَأْتِيكُم بِلَيْلٍ تَسْكُنُونَ فِيهِ ﴾ [القصص : ٧٢] . وقال تعالىٰ : ﴿ وَجَعَلَ ٱلَّيْلَ سَكَنًا ﴾ [الأنعام : ٩٦] .

---

(١) حديث : « راجِعْ سودة ، فإنها صوامة قوّامة » لما أصل إليه .

(٢) حديث « أنه صلى الله عليه وسلم كان يحمل في ثوب يطاف به علىٰ نسائه ، وهو مَريض يقسم لهن » قال الحافظ في التلخيص : رجاله ثقات إلا أنه منقطع (التلخيص : ٣/ ٢٩٠ ح ١٥٦٢) .

(٣) حديث : « أنه صلى الله عليه وسلم ، كان يسأل أين أنا اليوم ، أين أنا غداً ، وأنه استأذن أن يمرّض في بيت عائشة ، وأنها قالت : توفي صلى الله عليه وسلم في يومي بين سحري ونحري » رواه البخاري حديثاً واحداً : كتاب المغازي ، باب مرض النبي صلى الله عليه وسلم ووفاته ، ح ٤٤٥٠ ، ورواه مسلم أيضاً ، بغير إشارة إلى الاستئذان أن يمرّض في بيت عائشة : كتاب فضائل الصحابة ، باب فضل عائشة ، ح ٢٤٤٣ .

(٤) ر . المختصر : ٤/ ٤٣ .

وقد سمى الله تعالى الأزواجَ سكناً ، فقال عز وجل : ﴿أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا﴾ [الروم : ٢١] . وقولنا : « الأصلُ »[١] لا يتبين أثره الآن ، وإذا انتهينا إلىٰ تفريع المسائل ، أوضحنا ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

ثم إنما يكون التعويل على الليل في حق معظم الناس ، وعامة الخليقة ؛ فإنهم ينتشرون في مآربهم وأوطارهم نهاراً ، فإذا جنَّ الليل ، ارتادوا السكونَ في مساكنهم والدَّعَة .

فلو فرض شخص يشتغل بالليل ويسكن بالنهار ـ كالحراس [ومن][٢] في معناهم ، فعماد القسم في حقوقهم النهار ؛ فإن المتبع فيه أن الأصل في القَسْم وقتُ السكون والدَّعةِ ، فإن من ينتشر نهاراً لم يمنع منه ، ولم يُلزم أن يدخل علىٰ صاحبة النوبة النهار ، فإنا لو فعلنا هـٰذا ، لانقطع الناس/ عن معايشهم ، ولصار الكافل العائل معولاً مكفولاً . وهـٰذا أحد الآثار في الفرق بين الليل والنهار ، كما سنجمعها في فصل بعد هـٰذا ، إن شاء الله عز وجل .

ي ١٨٦

فَصْلٌ

قال : « ولو كان عند الرجل حرائرُ مسلماتٌ . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٨٦٠٥ـ غرض الفصل أن الكتابيةَ والمسلمةَ في القَسْم متساويتان ؛ فإن حقوقهما متساوية ، فإذا ساوىٰ حقُّه على الكتابية حقَّه على المسلمة ، فيجب أن يتساويا أيضاً فيما تستحق كل واحدة علىٰ زوجها . وحقق **الأئمة** هـٰذا فقالوا : استمتاع الرجل بالكتابية يتسع اتساع استمتاعه بالمسلمة ، ولا ضِرار علىٰ ولده منها ؛ فإن ولد المسلم من الكتابية مسلم .

٨٦٠٦ـ فأما إذا اجتمعت الرقيقة والحرة تحت حر مثلاً بطريق اجتماعهما ، فالقَسْم

---

(١) أي قولنا : الأصل في القَسْم الليلُ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) ر . المختصر : ٤/ ٤٣ .

بين الحرة والأَمَة علىٰ [التفاضل][١] عندنا وعند **أبي حنيفة** ، خلافاً **لمالك**[٢] ، فإنه قال : لا فرق في القسم بين الحرة والأَمَة ، وهـٰذا غير سديد .

ومعتمدنا : أولاً : ما روى الحسن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **للحرة ثُلثا القسم وللأَمَة ثُلثه** »[٣] . وفراشُ الأَمَة المنكوحة ناقص ، وتمكُّنُ الزوجِ من الاستمتاع بها ناقصٌ ، ويلحق الولدَ نقصُ الرق ، فيليق بهـٰذا ألا يسترسل الزوج في الاستمتاع بها توقياً من الولد ، ولذلك لم يثبت نكاح الرقيقة في حق الحر إلا في محل الحاجة .

فإذا ثبت ذلك ؛ فإذا كان تحته حرة وأمة ، فالحرة علىٰ ضعف الأَمَة في القسم ، فيقسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة .

٨٦٠٧ـ ثم إذا فرض طريان العتق على الأمة ؛ فأصل المذهب لا غموض فيه ، ولـٰكن قد تلتبس الصور ، فالأَولى الاعتناء بتفصيل الصور ، [فنبدأ][٤] بذكر التفصيل فيه إذا وقعت البدايةُ في نُوَب القَسْم بالحرة ، ثم نذكر إذا ما وقعت البداية بالأَمة .

فإن وقعت البداية بالحرة ، فعتقت الأمة ، فلا يخلو إما أن تعتق في نوبة الحرة ، أو في نوبة نفسها ، فإن في نوبة الحرة ، وكان يقسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة ، فالجواب المجمل إلىٰ أن يُفصّل ـ أنها إذا عتقت في نوبة الحرة ، صارت بمثابة الحرة الأصلية في القَسْم في مستقبل الزمان ، وكأنَّ الرقَّ لم يكن ، والتفصيل أنها إذا أعتقت في الليلة الأولىٰ من ليلتي الحرة ، فيكملُ الزوج الليلةَ الأولىٰ للحرة ، ثم هو بالخيار إن شاء اقتصر في حقها علىٰ هـٰذه الليلة ، وأقام عند العتيقة ليلة ، ثم استدار عليهما ليلة ليلة ،

(١) في الأصل : التفاصيل .
(٢) ر . المدونة : ٢/ ١٩٨ ، الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف : ٧٢٣٢ مسألة رقم ١٣٠٧ .
(٣) حديث : « للحرة ثلثا القسْم وللأمة ثلثه » : « رواه البيهقي من حديث سليمان بن يسار بهـٰذا المعنىٰ ، ورواه أبو نعيم في المعرفة من حديث الأسود بن عويم ، وروي عن علي مرسلاً » كذا قال الحافظ في التلخيص : ٣/ ٤٠٩ ح ١٧١٦ ، وانظر السنن الكبرىٰ للبيهقي : ٧/ ٢٩٩ ، ٣٠٠) .
(٤) في الأصل : « فنقول » .

وإن أراد أن يقيم عند الحرة ليلتين [فإنه يقيم عند العتيقة ليلتين][(١)] أيضاً ، فإنها التحقت بالحرة الأصلية ، كما ذكرنا أولاً .

ولو عتقت في الليلة الثانية من ليلتي الحرة ، فإن أراد أن يتم تلك الليلة ، ويقيم في بقيتها عند الحرة ، فله ذلك ، كما تقدم ، ثم يقيم عند العتيقة ليلتين أيضاً ، وإن كانت تلك الليلة/ قد تشطرت ، فأراد أن يخرج في وسط الليل إلى العتيقة ويقيم عندها ليلة ونصفاً ، فيجوز ذلك ، ولو كان وَضْعُ القَسْم ابتداءً علىٰ أنصاف الليالي ، لم يجز ؛ فإنَّ تبعيض الليالي يُفسد غرضَ السكن وما فيه من مستمتَع .

ش ١٨٦

ولـٰكن إذا طرأ العتق في أثناء الليلة الثانية من ليلتي الحرة ، فربما يبغي الزوج أن يجعل القَسْم ليلة ليلة ، ولو استتم نوبة الحرة ليلتين ، لاحتاج إلىٰ أن يقيم ليلتين عند العتيقة ، فإذا لم يرد ذلك ، فله أن يبعِّض هـٰذه الليلة ، ويرعى التسوية بينهما ، وليس كما لو طرأ العتق في أثناء الليلة الأولىٰ في نوبة الحرة ؛ فإن نوبةَ القَسْم لا تنقُص عن ليلة في وضعه .

٨٦٠٨ـ ومما ذكره **الأئمة** في ذلك أن العتق لو جرىٰ في الليلة الثانية ، فأراد الزوج أن يفارق الحرة في بقية تلك الليلة ويبيت عند صاحبٍ له ، فإذا فعل ذلك ، فأراد أن يبيت عند العتيقة ليلة ويدور إلى الحرة بليلة ويدير النوبتين كذلك ؛ قال **الصيدلاني** : له هـٰذا ، وما مضىٰ من الليلة غيرُ محسوبٍ عليه ، وهو مختطفٌ من البَيْن ؛ فإنَّ ما جرىٰ من التبعيض أفسد تلك الليلة ، حتىٰ كأنه لم يُقم في شيء منها عند الحرة ، وهـٰذا يؤكده تمهيد[(٢)] عُذر الزوج ؛ فإنه كان يتمادىٰ علىٰ موجب الشرع في تفضيل الحرة ، ثم كما[(٣)] بلغه أتلف .

وهـٰذا الذي ذكره خارج عن القياس في وجوب رعاية النَّصَفة ، وتعيّن اعتبار التعديل ، وتنزيل العتيقة إذا طرأ عتقها علىٰ نوبة الحرة منزلة الحرة الحقيقية ،

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) تمهيد عذر الزوج : أي قبوله . يقال : مهّدتُ له العذر : أي قبلته .
(٣) كما : بمعنىٰ عندما أو لمّا وقد أشرنا مراراً أنه من الاستعمالات غير العربية ولا الصحيحة .

لا [تدرؤه][(١)] التخاييل. فإذا كنا نقول: إذا أكمل للحرة ليلتين يبيت عند العتيقة ليلتين، فإذا بات عند الحرة ليلةً ونصفَ ليلة، ثم أراد أن يبيت عند العتيقة ليلة، فهـٰذا قسْم على التفاضل، وسنذكر مناقشاتٍ[(٢)] **للأصحاب** في أنصاف الليالي في المسائل التي ستأتي ـ إن شاء الله عز وجل ـ، فالوجه: القطع بأنه يُحسب عليه ما مضىٰ من الليل.

فترتب من مجموع ما ذكرناه أن العتق إذا جرىٰ في أثناء الليلة الأولىٰ، فلا بد من إكمالها، ثم للزوج الخيار بين أن يدور بعد انقضائها إلى العتيقة، ويبيت عندها ليلة، فيردّ النوبة إلىٰ ليلةٍ ليلة، وبين أن يبيت عندها إلىٰ تتمة الليلتين، ثم يقيم مثلها عند العتيقة.

وإن جرى العتقُ في أثناء الليلة الثانية على الشطر مثلاً؛ فللزوج **ثلاثة أحوال**: **إحداها** ـ أن يتمها، ثم يمكث عند العتيقة ليلتين، **والأخرىٰ** ـ أن يدخل على العتيقة في نصف الليل، ويقيم عندها ليلة ونصف، ثم يرتب من النوبة ما يريد، ويجتنب في وضع القَسْم تبعيضَ الليل في المستقبل، كما سنصفه، إن شاء الله عز وجل.

والحالة الثالثة ـ أن يخرجَ إلىٰ صديق أو مسجد ويبيتَ[(٣)] فيهما، قال **الصيدلاني**: إن ما مضىٰ من الليل لا يحسب عليه، وقد أرى الأمر بخلاف ذلك، وكل هـٰذا فيه إذا كانت البداية بالحرة وقد عتقت/ الأمةُ في نوبة الحرة. ١٨٧ ي

٨٦٠٩ـ فأما إذا انقضت نوبة الحرة بكمالها ليلتين، وانتهت النوبة إلى الأمة، فعتقت في أثناء ليلتها؛ فالعتق الطارىء علىٰ نوبتها يثبت لها كمالَ نوبة الحرة، فيبيت عندها ليلتين، وحكم الطارىء إذا كان يقتضي كَمَلاً أن يقتضيَه إذا جرىٰ قبل استيفاء حظ العبودية، ولذلك قلنا: إذا عتق العبد وقد طلق امرأته طلقة واحدة، فالعتق يُملّكه تتمة ثلاث طلقات.

وهـٰذه الصورة التي ذكرناها في القسم أبعد عن اقتضاء مساواة الحرة من الصورة الأولىٰ، وذلك أن نوبتها دخلت وهي على الرق، ثم ألحقناها بالحرة للعتق الطارىء،

(١) في الأصل: «تدرؤها» ولعل هـٰذا من آثار عجمة قديمة لدى الناسخ.
(٢) في الأصل: في منافسات.
(٣) في الأصل: وبات.

وفي الصورة الأولىٰ كملت الحرية فيها ، وتقدمت علىٰ أول نوبتها ، فوافاها أول النوبة وهي حرة فيها .

وما ذكرناه لم نقصد به الفرقَ بينهما ؛ فإن الحكم في الصورتين واحد ، ولٰكن أردنا التنبيهَ علىٰ حقيقة الحال ، وترجح إحدى الحالتين من طريق المعنىٰ على الأخرىٰ .

ولو وفَّى الحرة نوبتها ليلتين ، ثم وفَّى الأمة نوبتَها ليلة ، ثم عاد إلى الحرة ، فعتقت الأمة ، فما مضىٰ من النوبة في الرق لا التفات إليه ، ولا يتوقع فيه مستدرك ؛ فإنَّ العتقَ وقع بعد انقضاء تلك النوبة ، وإنما يفيد العتقُ إلحاقَ الأمة بالحرة إذا طرأ في نوبة الحرة ، أو في نوبة الأمة ، فإذا انقضت نوبتان علىٰ رقها ، ثم طرأ العتق في الثانية للحرة ؛ فالنوبتان الماضيتان لا سبيل إلىٰ تعقبهما بالتغيير ، فإنا لو نقضناهما ، لتعقبنا نُوَباً ، وهٰذا يجرّ تغيير نُوَبَ الرق والحرية في سنين ، ولا سبيل إلى التزام ذلك ، نعم ، إذا طرأ العتق في النوبة الثانية للحرة ، فالعتيقة في هٰذه النوبة كالحرة .

وشبّه الفقهاء النوبةَ الأولى الماضيةَ في الرق أنها لا تعتبر ، بما إذا طلق العبد امرأته طلقتين ، ثم عتق وتحته زوجةٌ لم يطلقها ، فالتي بانت البينونة الكبرىٰ قبل العتق باستيفاء عدد العبيد فيها لا تتغير ، وهي محرَّمة حتىٰ تنكح زوجاً غيره ، والعتق يفيده في الزوجة التي لم يطلقها ، أو طلقها طلقة واحدة ـ تمامَ العدد .

٨٦١٠ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت البداية بالحرة في أول النُّوَب .

فأما إذا وقعت البداية بالأَمة ، ووضْع القَسْم علىٰ أن يقسم لها ليلة وللحرة ليلتين ، فإذا فرضنا عتق الأمة ؛ فلا يخلو إما أن تعتِق في نوبة نفسها ، وإما أن تعتق في نوبة الحرة ، فإن عتقت في نوبة نفسها ، التحقت بالحرائر ، وللزوج الخيار إن شاء اقتصر علىٰ هٰذه الليلة ، ثم يقسم للحرة الأصلية ليلة واحدة أيضاً ، وإن أراد أن يبيت عند العتيقة ليلتين ، فلا معترَضَ عليه ويبيت عند الحرة الأصلية ليلتين .

والجملة في ذلك أن الأمة إذا أعتقت/ في نوبتها ، قدَّرنا كأنَّ الرقَ لم يكن وصورناها كالحرة[1] الأصلية . ش ١٨٧

---

(١) في الأصل : كالحرية .

فأمَّا إذا مضت نوبة الرقيقة على الرق ، وانتهت النوبة إلى الحرة ، فأُعتقت الأمة ؛ قال **الأئمة المحققون** : يتعين على الزوج أن يوفيَ الحرةَ ضعفَ ما وفّى الأمةَ ، فإن قال : أوفّي الحرة ليلة ، والعتيقة بعدها ليلة ، وأردّ النوب إلىٰ أفراد الليالي قلنا : لا ، فإن شئت ذلك ، فلا معترض عليك في الاستقبال ، ولـٰكن بعد توفية حق الحرة .

وإذا استوفت الأمة ليلةً ، وانقضت نوبتها ، استقر في الذمة للحرة ضعفُ ما كان للأمة ، والليلة الواحدة في حق الأمة كالليلتين في حق الحرة . فإذا وفّى الحرة ليلتين ، فلو أراد بعد ذلك أن يرد القَسْم إلىٰ ليلة ليلة ، فليفعل ، ولا معترض .

٨٦١١ـ وتحقيق ذلك أنه لو كانت تحت الزوج حرتان ، فكان يقسم ليلتين ليلتين ، فلو قسم لإحداهما ليلتين ، ثم لما انتهىٰ إلى الثانية قال : بدا لي أن أرد النوبة إلىٰ ليلة ليلة ؛ قلنا له : وفّ الثانية ليلتين ، فإذا انقضتا ، فافعل ما شئت ، فالليلة الماضية في حق الرقيقة كالليلتين في حق الحرة . هـٰذا تمام البيان .

وقد رأيت هـٰذه الصور مستقلةً بإفادة المقصود علىٰ أحسن نظام .

٨٦١٢ـ ومما نلحقه بما تمهد ؛ أن العتق إذا جرىٰ في يوم الأمة كما لو جرىٰ في ليلتها ، وكل امرأة لها ليلة أو ليال ، فلها مع كل ليلة يوم ، وذلك اليوم محسوب من نوبتها ، فإذا جرى العتق فيه كان كما لو جرىٰ في ليلتها ؛ فإن اليوم من النوبة .

٨٦١٣ـ والعتق في بعض الأمة لا حكم له ما لم يتم . وهـٰذا كما أن العتق في بعض الأمة لا يثبت لها حق الفسخ إذا كان زوجها رقيقاً .

ثم قال : « **وللأمة أن تُحلّله من قَسْمها . . . إلىٰ آخره** »[1] .

٨٦١٤ـ سنذكر على الاتصال فصلاً في هبة المرأة حقها من القَسْم ، والذي يتصل بهـٰذا المقام أن الأمة إذا أسقطت حقَّها من القَسْم ؛ فلا معتَرَض عليها .

وليس للسيد بعد إسقاطها أن يطلب حقها ، فإنَّ ذلك من حقوقها الآيلة إلىٰ جبلّتها ، وما كان كذلك فسبيله التفويض إليها ، [وكذلك نقول إذا آلى الزوج عن

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٤٣ .

زوجته الأمة](١) ، فحق الطلب للأمة ، وكذلك إذا عنَّ عنها ، فالطلب على التفصيل المعلوم يثبت لها ، لا مدخل للسيد فيه .

فصل

٨٦١٥ـ المرأة إذا وهبت نوبتَها ، فذلك صحيحٌ منها علىٰ ما سنفصل القول فيه . والأصل في ذلك ـ مع اتفاق العلماء ـ **حديث سودة** إذ وهبت نوبتها **لعائشة**(٢) .

ثم قال **الأئمة** : إذا وهبت المرأة نوبتَها ، فلهبتها **ثلاثُ صيغ** : **إحداها** ـ أن تُعيِّن لهبة نوبتها واحدةً من ضَرّاتها ، **والأخرىٰ** ـ / أن تطلق الهبة ولا تعيِّن واحدةً ، **والثالثة** ـ أن تقول : وهبت نوبتي لك أيها الزوج ، فضعها حيث شئت ، وإن أردت ، فاقسمها علىٰ جميع ضراتي . ي ١٨٨

٨٦١٦ـ فأما الصيغة الأولىٰ ـ وهي إذا عينت واحدة من ضرائرها ، فأقل ما نذكره : أن هـٰذه الهبةَ شرطُها أن يساعِد الزوج عليها ، فلو أراد الزوج أن يقيم عند الواهبة كما كان يقيم عندها قبل الهبة ، فله ذلك ؛ فإنها تملك إسقاط حق نفسها ، فأما إسقاط حق مستمتَعٍ للزوج ، فمحال .

وإذا لاح هـٰذا ، هان أمر الهبة ، ورجع إلىٰ أنه لو لم يبت عندها برضاها ، جاز .

ولـٰكن إذا عيَّنت واحدة من الضرات ، تعيَّن صرف الهبة إليها ، فلو قال الزوج : أنت قد أسقطت نوبتك ، وأنا أصرفها إلىٰ من أشاء ، قلنا له : ليس هـٰذا إليك .

وهـٰذا(٣) فيه إشكال [يحتاج](٤) إلىٰ أن يُجاب عنه . وذلك أن تركها نوبتَها ليس حقاً [يُبذل](٥) ، بل هو حق يترك ، [وتعيين](٦) الموهوبة يشعر بمضاهاة الهبةِ الهباتِ

---

(١) في الأصل : وذلك نقول الزوج إذا آلىٰ عن زوجته الأمة .

(٢) مرّ آنفاً تخريج حديث سودة .

(٣) في الأصل : وهـٰذا ليس فيه إشكال .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : ببدل .

(٦) في الأصل : وتعين .

التي تتعلق بما يجوز بذله . والجواب : [إنها][1] لم تعينها [بهـٰذا][2] ، ولـٰكنَّ ترْكها حقَّها [هـٰذا][3] مشروط بهـٰذا ، [فكأنها][4] رضيت بترك حقها علىٰ شرط أن يوضع في التي عَيَّنتها ، والدليل عليه أنَّا لا نشترط قبولَ الموهوب [لها][5] ، بل لو أبت ، فالزوج يبيت عندها على الرغم منها[6] ، فهـٰذا بيان هبتها من واحدة من ضراتها .

ومما يتعلق بذلك أنها إذا وهبت ؛ فالهبة لا تلزم ، فمهما أرادت أن ترجع رجعت ، وهـٰذا متفق عليه ؛ لأن هبتها لم تشتمل علىٰ عينٍ تحتوي عليها يد ، وإنما تركت حقاً يتجدد لها شيئاً فشيئاً .

٨٦١٧ـ ثم الذي أطبق عليه معظم المحققين أنها إذا رجعت ؛ فالهبة مستمرة إلىٰ أن يبلغ [خبرُ][7] رجوعِها الزوجَ ، فلو مضت نُوبٌ [و][8] الزوج لم يشعر برجوعها ، فتلك النوب لا مستدرك لها ، ولذلك قالوا : لو أباح [رجلٌ][9] لإنسان [ثمار بستان][10] أو غيرها مما يقبل الإباحة ، فكان المستبيح يتمادىٰ علىٰ تعاطي ما أُبيح له ، فلو رجع المبيح ، ولم يبلغ رجوعُه من أبيح له ؛ فالإباحة دائمة قائمة في حقه .

قال شيخي : إذا رجعت المرأة ولم يشعر الزوج ، فالمسألة تخرج على القولين المعروفين في أن الموكِّل إذا عَزَلَ الوكيلَ ولم يبلغ العَزلُ الوكيلَ ، فهل ينعزل ؟ علىٰ قولين ، وهـٰذا الذي ذكره جار علىٰ ظاهر القياس ، ولـٰكن اشتراط بلوغ الخبر أغْوص

---

(١) في الأصل : إنما .
(٢) في الأصل : لهـٰذا . والمعنىٰ أنها لم تبذل لها هـٰذا الحق ، والذي ليس في حقيقته من الحقوق التي تبذل .
(٣) في الأصل : وهـٰذا .
(٤) في الأصل : فكانت .
(٥) زيادة اقتضاها السياق .
(٦) أي على الرغم من الموهوب لها .
(٧) في الأصل : جر .
(٨) الواو مزيدة من المحقق لاستقامة المعنىٰ .
(٩) في الأصل : رجلاً .
(١٠) في الأصل : بيمارستان .

وأفقه ؛ فإنَّ حقيقة القَسْم لا تؤول إلىٰ حقٍّ مستحق يوفّىٰ ويستأدىٰ[١] ؛ ولهـٰذا قُلنا : لو أعرض الزوج عن جميعهن ، فلا طَلِبة عليه ، لـٰكنه إذا بات عند واحدة ، لزمه أن يبيت عند الباقيات ، فالغالب على القَسْم اجتناب ما/ يتداخلُهن من الغضاضة والأنفة بالتخصيص ، فإذا سمحت واحدة بإسقاط حقها ، فلا يتحقق من الزوج قصد التخصيص ما لم يبلغه خبرُ رجوعها ، وكل ما ذكرناه فيه[٢] إذا وهبت [وعيّنت][٣] .

ش ١٨٨

٨٦١٨ـ فأما إذا أطلقت الهبة ولم تخصص بها ضرة ، ولم تُضفها إلىٰ مشيئة الزوج ، فإذا رضي الزوج بهـٰذا ، كان حكم هبتها أن تخرج من حساب النُّوب ، وتنزل ـ إذا وهبت ـ منزلتَها لو بانت[٤] .

فإذا كُنَّ أربعاً فوهبت واحدة نوبتها على الصيغة التي ذكرناها ، وكان الزوج يقسم بينهن ليلة ليلة ، أو كما يريد ، فترجع فائدة هبتها إلىٰ سقوط مزاحمتها وسرعة العود إلىٰ كل واحدة .

٨٦١٩ـ فأما الصيغة الثالثة في الهبة وهي : إذا [قالت][٥] للزوج : وهبت نوبتي منك ، فضعها حيث تشاء ، وخَصِّصْ بها من تشاء ، فهـٰذا مما اختلف فيه جواب **الأئمة** . فالذي قطع به **شيخي** واشتمل عليه **تعليقه** : أنَّ الهبة تقع علىٰ هـٰذا النسق ، فالزوج بالخيار ، فإن شاء فض[٦] نوبتها عليهن ، كما لو أطلقت الهبة ، وإن شاء خصص واحدة منهن . ووجه ذلك أن صاحبة الحق وهبت ذلك .

وقطع **الصيدلاني** جوابه نقلاً عن **القفال** بأنَّ الزوج لا يخصص واحدة منهن ، والهبة المنوطة بمشيئته بمثابة الهبة المطلقةِ أو المضافةِ إليهن .

وهـٰذا الذي ذكره فقيهٌ حَسن ؛ وذلك لأنها إذا أسقطت حقها ، فالزوج لا يستفيد

---

(١) ويستأدىٰ : أي يطلب أداؤه .
(٢) في الأصل : فيه أن إذا وهبت .
(٣) في الأصل : عتقت .
(٤) أي تصير كما لو طلّقت .
(٥) في الأصل : قال .
(٦) فضّ : قَسَم .

منها حقاً ، وإنما هي تركت ما لها ، فصار كأنها لم تكن ، والحق الحقيقي للزوج ، وليس لآحاد النسوة ، إلاَّ ما أشرنا إليه من حق التسوية . فإذا أخرجت نفسها من البَيْن ، صار كأنها لم تكن ، واستعمل **الصيدلاني** في ذلك عبارة حسنةً واقعة ، وذلك أنه قال : ليس له أن يقول : أجعل هـٰذه الليلة [الواحدة][1] ؛ فأبيت عندها ليلتين ؛ إذ ليس للزوج أن يعد نفسه كإحداهن ، فيثبت له ليلة من الهبة ، وحقيقة هـٰذا أنَّ الحق له ، والتخصيص للنسوة .

ووجه ما ذكره **شيخي** أنها لو قيَّدت هبتها بتعيين ضرتها ، تقيدت علىٰ تأويل أن هبتها مقيدة بصيغة ، فتثبت علىٰ مقتضاها ، كذلك إذا وهبت علىٰ شرط تخير الزوج ، فلتتقيَّد هبتُها بمقتضىٰ لفظها .

وللصيدلاني أن يقول : إذا ارتفع الحجر عن الزوج ، فوَضْعُه النوبةَ فيمن يختارها ميلٌ ، وهـٰذا هو المحذور في شَرْع أصل[2] القسم ، وإذا خصصت الواهبة واحدةً ، فلا ميل من الزوج .

٨٦٢٠ـ ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أن الواهبة لو خصصت/ واحدة من ضراتها واختصت ، وكنا رتبنا نُوَبَهن بالقرعة ، فإن كانت نوبة الواهبة إلىٰ جنب نوبة الموهوبة ، فالأمر قريب ، فيجمع الزوج للموهوبةِ نوبتَها ونوبةَ الواهبة . ١٨٩ ي

وإن كانت نوبة الواهبة منفصلة عن نوبة الموهوبة بليلة أو ليلتين ، فإذا وهبت ، فقد ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما ـ** أنه يأتي في حق الموهوبة بالليلتين وِلاءً ؛ فإنها إذا كانت تستحق ليلتين ، فلا معنىٰ لتفريقهما عليه . **والوجه الثاني ـ** أنه يأتي بالليلتين علىٰ ما يقتضيه ترتيب نوبة الواهبة والموهوبة ، حتىٰ إن كانت نوبة الموهوبة في أول النوب ، فيوفيها نوبتها ، ثم يوفي التي لم تهب ، حتىٰ ينتهي إلىٰ نوبة التي وُهبت ، فيعود ويبيت عند الموهوبة تلك الليلة .

٨٦٢١ـ ومما ذكره **الشافعي** في آخر هـٰذا الفصل : **أن** الاعتياض عن حق القسم غير

(١) في الأصل : الواحدة .
(٢) في الأصل : أهل .

جائز ، والأمر علىٰ ما ذكره ، ولا يجوز الاعتياض عن أمثال هـٰذه الحقوق ؛ فإنها في التحقيق تخصيصاتٌ تتعلق بالأَنَفةِ وطلبِ التسوية ، ولا مسوِّغ للاعتياض عما هـٰذا سبيله ، وإذا منعنا الشفيع عن الاعتياض عن حقه من الشفعة ، فلأن نمنع هاهنا من الاعتياض عن حق القَسْم أولىٰ .

فصل

قال : « ولا يجامع المرأة في غير نوبتها . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٦٢٢ـ الفصل يشتمل علىٰ مقصودين : **أحدهما** ـ يتعلق بتحصيل قولنا : عماد القَسْم الليل .

والثاني ـ يتعلق بذكر ما لو جامع في نوبة إحداهن الأخرىٰ .

فأما المقصود الأول فقد اشتهر من قول **علمائنا** أن عماد القسم الليل ، وهو السكن ، وعليه التعويل ، والنهار التابع لليل يتعلق به حقُّ القَسْم أيضاً ، ولـٰكن لا يتأكد الحقُّ في النهار تأكده في الليل ، ونحن نستعين بالله عز وجل ونبين حقيقة ذلك .

٨٦٢٢/ م ـ فأما الليل فليس للزوج أن يخرج من دار واحدة ويدخل علىٰ أخرىٰ ، فلو [مرضت][(٢)] امرأةٌ ولم تثقل ، فأراد أن يدخل عليها عائداً ، فكيف السبيل ، وما الوجه ؟ أولاً : ليس [له][(٣)] الدخول علىٰ واحدة منهن من غير سبب ، فلو فعل ، باء بالإثم ، وكان ظالماً ، ثم إن كان الزمان الذي خرج فيه بحيث [يُحَسّ][(٤)] ويبين له قدرٌ من الليل ، فعليه أن يقضيه لصاحبة النوبة .

وفي كلام من نقل عن **القاضي** أنه [لو][(٥)] بلغ ثلثاً من الليل ، قضىٰ ، وهـٰذا ليس

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٤٣ .

(٢) في الأصل : فرضت .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : يحسن .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

بشيء . وإذا كنا نوبّخ خصومنا بالتحكم بالتقدير ، فلا ينبغي أن نبوء بمثل ما ننكره ، فالأصل عندي أن يكون مقدار المفارقة بحيث لو نسب إلى الليلة ، لأمكن أن يقال : جُزءٌ منها . وإن كان/ في قلّته بحيث لا يُدرك جزئيتهُ من الليل ، فليس في هـٰذا المقدار إلاّ التأثيم . ١٨٩ ش

ويحتمل علىٰ بُعد أن يقال : يقضي لصاحبة الليلة مثلَ تلك الخرجة ، وإن قل زمانُها ، حتىٰ إذا انتهت النوبة إلى التي كان دخل عليها ، فيخرج من عندها ، ويدخل علىٰ صاحبة النوبة الأولىٰ .

هـٰذا بيان القول فيه إذا دخل في نوبة واحدة علىٰ ضرتها من غير عذر .

٨٦٢٣ـ فإن مرضت له امرأةٌ وأشرفت علىٰ خوف الهلاك ، فيجوز للزوج الانتقال إليها بالكلية للتمريض ، حتىٰ إذا بَرَأَت[١] ، قضت من نوبتها بعد [الاستبلال][٢] للواتي لم[٣] يدخل عليهن ، كما سيأتي ذلك في فصل مفرد ، إن شاء الله عز وجل .

٨٦٢٤ـ فأما إذا مرضت واحدة ولم يتحقق انتهاؤها إلى الخوف ، فالذي ذكره **القاضي** وطوائف من **المحققين** أن له أن يخرج إليها عائداً . قال **صاحب التقريب** : المذهب أنه لا يخرج إليها عائداً إذا لم تَنته إلى الخوف والثقل .

وذكر بعض **الأصحاب** قولاً أن له أن يخرج إليها عائداً ، ثم قال : وهـٰذا غلط والمذهب : أنه لا يجوز له الخروج . هـٰكذا ذكر **صاحب التقريب** ، والذي رآه **صاحب التقريب** غلطاً أفتىٰ به طوائفُ من **أئمتنا** .

ثم إن خرج عائداً ومكث زماناً [يُحسّ][٤] ، وجب القضاء فيه ، وإن كان لا [يحسّ][٥] ، فعلى الترتيب المقدم .

---

(١) برأ المريض : يَبْرأ من باب (نفع) ويأتي أيضاً من باب (تعب) (المصباح : مادة : ب . ر . ى) .
(٢) في الأصل : الاستبدال . والاستبلال : معناه البرء والشفاء .
(٣) في الأصل : للواتي التي لم يدخل .
(٤) في الأصل : يحسن .
(٥) في الأصل : يحسن .

والذي عندي أن المرض الذي أطلقوه لا بد فيه من ضبط أيضاً ، فلا يجوز الخروج بكل ما يسمىٰ مرضاً ، ولعل الضبط في ذلك أن يكون المرض بحيث يجوز أن يقدّر مخوفاً ، ودخوله عليها ليتبين ، حتىٰ يكون مبيته علىٰ فراغ(١) .

وكل ما ذكرناه في الليل ، وفيه بقية ، ينعطف [عليها](٢) كلامنا في النهار .

٨٦٢٥ـ فنقول : لا يتحتم على الرجل أن يلازم زوجته في نوبتها نهاراً ؛ فإنَّا لو ألزمناه ذلك ، لانقطع عن مكاسبه ، فله أن ينتشر في بياض نهاره كما أشعر نصُّ القرآن بذلك ، فقال عز من قائل : ﴿ وَمِن رَّحْمَتِهِۦ جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ لِتَسْكُنُواْ فِيهِ وَلِتَبْتَغُواْ مِن فَضْلِهِۦ ﴾ [القصص : ٧٣] . فرجع قوله ﴿لِتَسْكُنُواْ فِيهِ﴾ إلى الليل ، وقوله : ﴿ وَلِتَبْتَغُواْ مِن فَضْلِهِۦ ﴾ إلى النهار .

٨٦٢٦ـ ثم يتعلق بالنهار **نوعان من الكلام** : **أحدهما ـ** أن الزوج لو كان يخرج في نهارِ واحدةٍ وينتشر ، وكان يلازم الأخرىٰ في نهارها ، فكيف الكلام فيه ؟

فإن كان هـٰذا عن اتفاق شغل ، فلا مضايقة ، وإن كان عن قصد ، فهـٰذا محتمل(٣) : ما يدل عليه ظاهر كلام **الأئمة** أن ذلك غير ممتنع ، وفيه احتمال ظاهر مأخوذ من كلامهم أيضاً ، ووجه الاحتمال أن مدار القَسْم علىٰ تركِ التخصيص واجتناب إظهار الميل ، وهـٰذا إذا تكرر في النهار ميلٌ ظاهر ، إذا لم يكن شغلٌ محمول على الوفاق/ ، ووجه الجواز حسم الباب عن الرجال ، [إذا أرادوا الانتشار بها](٤) . ي ١٩٠

وهـٰذا فصل .

والثاني ـ دخوله على التي ليست النوبة لها . أجمع **الأصحاب** علىٰ أنه لا يجوز له أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرىٰ ويجامعَها ، هـٰذا لا سبيل إليه ؛ فإنه منتهى

(١) حتىٰ يكون مبيته علىٰ فراغ : أي يكون مبيته عند غير المريضة علىٰ فراغ بالٍ واطمئنان .
(٢) في الأصل : عليه .
(٣) فهـٰذا محتمل : أي غير مقطوع بحكمه ، كما سيأتي بيانه ، متصلاً به .
(٤) كذا . بنفس هـٰذا الرسم . انظر صورتها . ولعل في الكلام سقطاً ، أوْ له وجهاً لم نهتد إليه . والله المستعان .

المقصود ، وفيه الميل الأظهر وإبطالُ الاختصاص بحق النهار بالكلية .

وهل له أن يدخل في نهار واحدة على الأخرىٰ من غير جماع ، أم هل يُرعىٰ في ذلك عذرٌ ؟ اضطربت طرق **الأئمة** ، ففي كلام **العراقيين** ما يدل علىٰ جواز الدخول إذا لم يكن وقاع ، وهـٰذا مضطرب لا ضبط فيه ، ويلزم منه أن يجوز له الكَوْن عند التي لا نوبة لها في معظم النهار ، أو في جميع النهار ، وهـٰذا بعيد .

وقال قائلون : لا يدخل عليها إلا لحاجةٍ ومهمٍّ ، وبان من كلام هـٰؤلاء أن الدخول ليلاً للمرض لا غير ، والدخول نهاراً لا يجوز من غير حاجة ، ويجوز عند ظهور حاجة ، وإن لم يكن مرض ، ولفظ **الشافعي** في [**السواد**][1] يدل عليه ، فإنه قال : « **ولا بأس أن يدخل عليها بالنهار في حاجةٍ ، ويعودَها في مرضها في ليلة غيرها** »[2] ، وفي كلام **صاحب التقريب** ما يدل علىٰ تنزيل النهار منزلة الليل ، والطرق محتملة وأبعدها رفع الحجر .

والذي أراه مقطوعاً به : أنه كما يحرم الجماع في نهار الليل ؛ يحرم الدخول فيه علىٰ وجهٍ يغلبُ فيه جريان الجماع ؛ فإن الذي يداخل صاحبةَ النوبة من ظهور جريان الجماع يداني جريانَه ، والكلام في مثل هـٰذا ينتشر ، وأقصى الإمكان في الضبط ما ذكرناه .

٨٦٢٧ـ وقد بقي من الفصل **المقصودُ الثاني** ، وهو الكلام فيه إذا جامع واحدة في ليلة غيرها ، وقد ذكر **العراقيون في ذلك ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أنه إذا جامع في ليلةٍ **غيرَ** صاحبة النوبة ، فقد أفسد الليلةَ ، فعليه أن يقضيَ لها ليلة ؛ فإنَّا وإن كنَّا لا نوجب

---

(١) في الأصل : السؤال ، وهو تحريف . ثم المراد بالسواد المختصر ، كما نبهنا عند وروده مراراً من قبل .

(٢) ر . المختصر : ٤/ ٤٣ .

هـٰذا ، وقد قال الرافعي : « لا يجوز أن يدخل في نوبة واحدة بالليل علىٰ أخرىٰ ، وإن كان لحاجة ، كعيادة وغيرها ، فالذي نقله المزني في المختصر أن الشافعي رضي الله عنه قال : « ويعودها في مرضها في ليلة غيرها » **فهو سهوٌ عند عامة الأصحاب** ، قالوا : وإنما قال الشافعي رضي الله عنه : « في يوم غيرها » . (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٣٦٥) .

التسويةَ بين النساء في الجماع ، ونقول : هو موضع تلذذ لا إجبارَ عليه ، فمن الأصول بناء الأمر على إمكان الوقاع ، وتزجية[1] كل واحدة نوبتها بذلك ، فإذا جرىٰ جماعٌ ـ والغالب أن الليلة الواحدة لا تحتمل أكثرَ من وطأة واحدة ـ ففي هـٰذا إفسادُ الليلة عليها ؛ فعلىٰ هـٰذا ، وإن عاد إليها وبات عندها ، فلا حكم لهـٰذه البيتوتة .

والوجه الثاني ـ أنه عصىٰ بما فعل ، ولـٰكن لايلزمه قضاءُ الليلة إذا لم يتفق مكثٌ في زمان محسوس ، كما تفصّل من قبل ، وهـٰذا متّجه إذا ثبت أنه غير مطالَبٌ بالوطء .

والوجه الثالث ـ أنه إذا وطىء في ليلتها غيرَها من النساء ، فيلزمه أن يصيب المظلومةَ في ليلة تلك التي وطئها في هـٰذه النوبة ، وهـٰذا طريق استدراك هـٰذا النوع من الظلم ، وهـٰذا القائل/ يُلزمه الوطءَ ، وهو بعيد عن قاعدة المذهب ، وكل ما ذكرناه فيه إذا جرى الوطء ليلاً . ش ١٩٠

٨٦٢٨ـ فأما إذا وطىء واحدةً في نهار الأخرىٰ ، فقد ذكرنا أنه كان ممنوعاً عن ذلك ، وإقدامه عليه مُحرم ، فإن قلنا : الوطء في الليل لا أثر له ، فلا أثر له في النهار أيضاً . وإن قلنا : الوطء في الليل يفسده ، أو يجب تداركه بالوطء في نوبة الموطوءة ، فماذا نقول في الوطء نهارً ؟ هـٰذا فيه احتمال ظاهر : يجوز أن يكون النهار كالليل ، ويجوز أن نقطع في النهار بالاقتصار على التعصية .

فَصْلٌ

قال : « وإن أراد أن يقسم ليلتين ليلتين ، أو ثلاثاً ثلاثاً . . . إلىٰ آخره »[2] .

٨٦٢٩ـ أقل نوب القسم ليلة ، فلو أراد أن يقسمَ الليلةَ في وضع القسم ، لم يكن [له][3] ذلك ؛ فإنَّ الاستئناس المطلوب ينبتر[4] ويفسد نظامه بتبعيض الليلة ، ولو أراد

---

(١) تزجية كل واحدةٍ نوبتها بذلك : من زجّى الشيء ساقه ، تقول : زجّيت أيامي دافعتها وأمضيتها برفقٍ ، والمعنىٰ هنا أن القسم علىٰ رجاء إمكان الوقاع من كل واحدة وقضاء ليلتها به .

(٢) ر . المختصر : ٤/ ٤٣ .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) ينبتر : ينقطع . وهـٰذا اللفظ مستعمل كثيراً في كلام الإمام بهـٰذا المعنىٰ .

أن يقسم ليلة ليلة ، فله ذلك ، وكذلك لو أراد أن يقسم ليلتين ليلتين ، أو ثلاثاً ثلاثاً ، فلا معترض عليه في اختيار مقدارٍ من هـٰذه المقادير .

وإن أراد أن يزيد النوبة على الثلاث ؛ ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يجوز ؛ إذ لا موقف بعد المجاوزة ، والثلاث علىٰ حالٍ مدةٌ معتبرة في الشريعة في أصولٍ ، ثم إذا لم نجد موقفاً وراء الثلاث ، فربما نجعل النوبة ستة أو أكثر منها ، وهـٰذا يؤدي إلىٰ مهاجَرةٍ في حق اللواتي تتأخر نُوبهن ، ثم يترتب [عليها][1] انتساج وحشة بين الزوج وبين المتخلفات ، وإلىٰ تأكد ألفة تنتهي إلى المِقَة ، فيحصل من السرف في الازدياد مقتٌ ومِقَة[2] ، وقطعهما جميعاً عسر .

فإن قلنا : لا تجوز الزيادة على الثلاث ، فلا كلام ، وإن جوزنا الزيادة ، ففي المسألة **وجهان** ، **ذكرهما صاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أنا لا نقف في موقف ، **والثاني** ـ أنا لا نتجاوز السبع ؛ فإنه منتهىٰ مدة روعيت في هـٰذا الفن ؛ لأن للبكر سبع ليال في حق العقد ، فاتخذناه معتبراً .

٨٦٣٠ـ وعندنا أنَّ رفعَ الضبط وتفويضَ الأمر في أقدار النُّوب إلى الزوج لا يجوز أن يكون معدوداً من المذهب إلاَّ علىٰ وجهٍ ، وهو أن [تُرتّب][3] النوب بالقرعة علىٰ ما سنصفه ، فيجوز أن نتخيل ـ علىٰ بُعدٍ ـ أن المدة وإن طالت إذا كان المحكّمُ القرعةَ ، فمن [تخرج لها][4] تقع البدايةُ بها ، فلا ينتسب الزوج إلى التهمة في الميل والإيثار .

وهـٰذا أيضاً ليس بشيء ؛ فإن المقدار الذي يتحتم [علىٰ][5] الزوج لا يضرُّ به الوفاء به ، فلو بدا له أن يقلل أو يكثر بعد الوفاء بالتسوية ، فلا معترض عليه ، والتفريع على البعيد أبعدُ منه ، فليخرج هـٰذا الوجه من المذهب .

---

(١) في الأصل : عليهن . والضمير في (عليها) يعود علىٰ تلك النوب الطويلة .

(٢) المقة : من ومق يَمِق مقة إذا أحب وعشق (المعجم) ولا يخفىٰ على الفطن ما في الكلام من محسنات البديع .

(٣) في الأصل : ترتيب .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : عليه .

ولفظ **الشافعي في المختصر** : [وأكره][(١)] مجاوزة الثلاث ، وهـٰذا هو الذي حمل بعض **الأصحاب** علىٰ جواز المجاوزة ، **والشافعي كثيراً/ ما يطلق الكراهية والمراد به التحريم** .

ي ١٩١

ولم يتعرض أحد لذكر مدة الإيلاء ، وإن كان زمانها معتبراً في الإضرار ، ولو سبق إليه سابق ، فشرْطُه ألا تزيد النوب علىٰ أربعة أشهر زيادة لا تنتهي النوبة إلى الواحدة بعد أكثر من أربعة أشهر .

وهـٰذه احتمالات مختلطة .

فإن ثبت [أن][(٢)] [تعيين][(٣)] أقدار الزمان إلى الزوج على النسق الذي [ذكرناه][(٤)] ، فإذا كان يفتتح توظيف النُّوَبِ ؛ فالمذهب أنه يحكِّم القرعةَ [أم][(٥)] الابتداءُ بواحدة باختياره ؟

[من][(٦)] **أصحابنا** من قال : هـٰذا إليه أيضاً ، ثم تنتظم النوب .

٨٦٣١ـ ومما يدور في الخلد أنَّا إذا منعنا الزوج من وطء زوجةٍ في نوبة زوجة ، فهـٰذا الوطء حرام ، [أم][(٧)] ماذا نقول فيه ؟ فإذا حرّمناه وقد صادف محل الحِلّ ، كان بعيداً ، وإن أحللناه ، فهو ممنوع من الجماع بعينه ، وليس كالصلاة في الدار المغصوبة ، ومما يزداد به الغموض أنَّ الوطء ليس مُستحَقاً عليه لواحدة منهن ، فإنه لو لم يطأ واحدة منهن ، أو وطىء بعضَهن وانكف عن وطء بعضهن ، فلا معترض عليه .

والذي أراه أن التحريم المضافَ إلى الوطء ينقسم : **فمنه** تحريم يرجع إلىٰ عين

---

(١) في الأصل : « ذاكره » وهو تصحيف عجيب يشهد بأن هـٰذا الناسخ (يرسم) ولا يقرأ ، والله المستعان .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) في الأصل : تعين .
(٤) مكان بياض بالأصل .
(٥) في الأصل : « والابتداء » .
(٦) في الأصل : ومن .
(٧) زيادة لتوضيح المعنىٰ .

الوطء على التحقيق من غير تعلُّقٍ بحق الغير ، هـٰذا هو الذي نُطلق فيه التحريم من غير محاشاة كالوطء في غير محل [الحل][1] ، ثم ينقسم هـٰذا أقساماً لسنا لها ، وفي وطء الحائض ما قدمته في بابه .

ومن **الأقسام** تحريمٌ يتعلق برعاية حق الغير إذا كان مُفضياً إلىٰ إبطال حق له مستَحَق ، وهـٰذا كوطء الراهن المرهونة ، حرمناه لإفضائه إلىٰ هلاك المرهونة ، أو إلىٰ بطلان المالية الصالحة لوثيقة الرهن .

والقسم الثالث ـ ما نحن فيه ، وهو تحريم الوطء لأجل إفضائه إلىٰ إدخال مَغِيظَةٍ على الغير ، وإن لم يكن ثَمّ حق مستَحَقٌّ .

فإذن لو[2] قال قائل : الوطء من جهة مصادفته محلَّ الحل ليس بمحرم ، ومن جهة تضمنه جرَّ مغيظة وضراراً من هـٰذا الفن ، فهو محرم .

ثم اللائق بالتحقيق النظر إلى المحل والحل ، والقطعُ بالإباحة وصرف التحريم إلىٰ إيقاع المغيظة ، لا إلىٰ ما وقعت المغيظة به ، والقول في هـٰذا يغوص إلىٰ مغاصات الأصول .

٨٦٣٢ـ ثم نختم الفصل بذكر إجماع **الأصحاب** علىٰ أنه لا يجب على الزوج التسوية بينهن في الجماع ، فإنَّ ذلك موضع تلذذ ، لا يليق بمحاسن الشرع الإجبار عليه والتسوية .

فَصْلٌ

معقود في ظلم الزوج بعضَ نسائه بالقَسْم وإقامته عند صواحباتها

٨٦٣٣ـ فنقول : إذا ظلم واحدة ، فبات عند ضراتها ، ولم يبت عندها ، يلزمه القضاء للمظلومة ، وأول ما يتّضح القصد به أن نوبتها المستحقة وإن كانت ليلة من أربع ليال ، فظُلْمها/ يقع علىٰ تفرق ، فإذا ألزمنا الزوج القضاءَ ، فإنه يوفيها حقها وِلاءً ١٩١ ش

(١) في الأصل : المحل .
(٢) جواب لو محذوف ، تقديره : فقد أصاب ، (أو نحوها) .

تباعاً ، وليس له أن يفرِّق القضاء . وهـٰذا بمثابة ما لو أتلف أموالاً في أزمنة متفرقة علىٰ إنسان ، فإنه يغرَمُها له دفعة واحدة . وإذا ترك صلوات في مواقيتها عاصياً بتركها ، قضاها وِلاءً وإن تركها مفرقة .

ثم صورة الظلم والقضاء ما نَصِفه ، فلو كانت تحته أربع نسوة ، فبات عند ثلاث ستين ليلة ، عند كل واحدة منهن عشرين ، فإنه يقضي للمظلومة عشرين ليلة تباعاً . ولو بات عندهن ثلاثين ليلةً ، قضىٰ للمظلومة عشر ليال ، ولو كنَّ ثلاثة[1] ، فبات عند اثنتين عشرين قضىٰ للمظلومة عشراً .

٨٦٣٤ـ وإن تصورت المسألة بالصورة التي ذكرناها آخراً ، فنكح جديدة ، فالوجه أن يخص الجديدة بحكم الزفاف ـ كما سيأتي ذلك ، إن شاء الله تعالىٰ ـ ، إن كانت بكراً ، فسبع ، وإن كانت ثيباً ، فثلاث ، وهـٰذا لا يحسب في حساب .

ثم هـٰذه المظلومة تستحق عشر ليال ، وإنما يقضي لها من حقوق [اللتين][2] ظلم الزوجُ هـٰذه بهما ، والجديدة لم يظلم الزوج بها .

فقال **الأئمة** : الوجه أن نُدير الليالي بين المظلومة وبين الجديدة ، فنقسم للجديدة ليلة ، وللمظلومة ثلاثَ ليال ، فتمضي ثلاث نوب ، وقد وفّى المظلومة من العشر التي استحقتها تسعاً ، فبقي ليلة واحدة ، فلو وفاها ، جرَّ ذلك عسراً على الجديدة في حقها ؛ فإنَّ القضاء إذا انقضىٰ يجب إعادة النوب ، وربما لا تنتهي النوبة إلى الجديدة إلاَّ في الخامسة مع احتساب الليلة العاشرة ، وحقها أن ترجع النوبةُ إليها في كل أربع ليال إن كانت النوبة ليلة ، وهـٰذا إذا وقع أفضىٰ إلىٰ ظلم الجديدة .

وكان **شيخي** يرتبك في هـٰذه المسألة وتختلف أجوبته ، ثم كان يستقر علىٰ [أن][3] هـٰذا تَحَيُّفٌ لازم لا بد منه ؛ فإنه لا مستدرك فيه إلا بالتبعيض ، وتبعيض الليل مفسد ، ولو بعَّضنا ، لأضررنا لأجل التبعيض بالأُوليين والمظلومة ، وهـٰذا يجر خبلاً ، ونحن

---

(١) ثلاثة : بالتاء ، مع أن المعدود مؤنث ، ولـٰكن هـٰذا جائز لتقدم المعدود .
(٢) في الأصل : الليلتين .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .

قد نعدل عن المنصوص عليه في الزكاة إلى القيمة حذاراً من التشقيص .

وهـٰذا الذي ذكره محمول علىٰ [مسلكٍ من][١] إعمال النظر في صرف الكلام إلىٰ تمهيد الوجه البعيد .

والذي [قطع][٢] به الأصحاب أن هـٰذا التحيّف يجب استدراكه ، ولا طريق في استدراكه إلاَّ التبعيض ، ولا يقع ضرر التبعيض موقعاً إذا كان في معارضة إحباط حق .

فإذا ثبت هـٰذا ، فالوجه : أن يقضي للجديدة ثُلثَ ليلة ؛ فإنَّ الليلة العاشرة دارت بين ثلاثٍ : المظلومة والأُولَيَيْن ، فانقسمت عليهن أثلاثاً ، فليثبت للجديدة مثلما ثبت لكل واحدة/ ، وهـٰذا لطيف في مجاري الحساب ؛ فإنَّ الظلم وقع في ليلة ، والقسمة وقعت من ليلة وثلث ليلة ، فإنَّ الذي يقتضيه الإنصاف التسويةُ بينهما ، ولا سبيل في طلب التسوية إلا هـٰذا ، فإذا قضىٰ لها ثلث ليلة ، فالوجه : أن يخرج ويبيت عند صديق في بقية الليل ، فإنَّ تخلل الفُرَج في النُّوَب ليس ظلماً ، إنما الظلم في الإقامة عند بعضهن تخصيصاً وترك بعضهن . ١٩٢ ي

ولو كان يدير عليهن النُّوبَ ليلة ليلة ، وكان يخلل في أثناء النوب فرجات ، فلا بأس عليه .

فإن قيل : في أصل المسألة سؤال ؛ فإن المظلومة إذا كانت تستحق قضاء عشرٍ وأدرنا النوبَ بينها وبين الجديدة علىٰ أربع ، فكما نُثبت للجديدة في كل أربع ليلةً متجددة ، فنثبت للمظلومة أيضاً ليلة متجددة ، فما لنا نحسب لياليها من محض الظلم ، ولا نثبت لها مما يتجدد في الزمان مزيداً ؟ قلنا : هـٰذا خيال ؛ فإن اللتين وقع الظلم بهما[٣] كانتا تستحقان من تلك الأيام شيئاً ، فقد جرىٰ [التدارك][٤] علىٰ نحو الظلم ، وهـٰذا متجه لا خفاء به .

---

(١) في الأصل : ملك عن .

(٢) في الأصل : وقع .

(٣) اللتين وقع الظلم بهما : المراد الزوجتين اللتين بات عندهما ، وظلم الثالثة قبل أن يتزوج الرابعة .

(٤) في الأصل : بالتدارك .

٨٦٣٥ـ ولو طلَّق المظلومة ، فقد سقط حقُّها في الحال ، ولـٰكن بقيت مظلمتُها في القيامة وإن سقطت طَلِبتُها ، ولو راجعها ، فهي علىٰ حقها ؛ فإن النكاح واحد ، ولو أبانها ثم جدد النكاح عليها ، قال **القاضي** : عليه قضاء ما ظلمها به في النكاح الثاني ، وهـٰذا متجه ، وكأنَّا نقول : لم يسقط حقها ، ولـٰكن تَعذَّر إمكانُ إبقائه ، فإذا عاد الإمكان ، فالحق قائم كما كان .

ويتجه جداً تخريج هـٰذا على القولين في عَوْد الأحكام في النكاح الثاني . وأقربها شبهاً بما نحن فيه طَلِبة المُولَىٰ عنها في النكاح الثاني . وقد ينقدح في ذلك فرق ؛ فإنَّ عود [الحق][1] في الطلاق فيه بُعدٌ ، من جهة أنه [قطع][2] حِلَّ نكاح مضىٰ ، وإيلاء المولي في وضع اليمين باقٍ ، [بدليل][3] أنه لو وطئها في النكاح الثاني ، حنث .

وليس قضاء الظلم من هـٰذه المآخذ ، وإنما هو من المأخذ الذي ذكره ، وهو عُسر التوفية ، فإذا زال العسر ، فالطلبة قائمة .

٨٦٣٦ـ ووراء ما ذكرناه غائلةٌ ، وهي أن هـٰذا إنما يتجه إذا جدد النكاح على المظلومة ، واللواتي وقع الظلم بهن باقيات تحته ، فإن استبدل بهن ، فلا يقضي الظلم أصلاً ؛ فإنه لو قضاه ، لظلم الجديدات .

ولو لم يُفرض بينونة ، ولـٰكن ظلم واحدةً بعشرين ليلة ، ثم لم يُبنها ، بل أبان اللواتي وقع الظلمُ بهن ، واستبدل عنهن جديدات ، فلا يتصور القضاء/ ؛ فإنَّ القضاء لا معنىٰ له إلاَّ أن ينقطع عن اللواتي وقع الظلمُ بهن ، ويشتغل بتوفية حق المظلومة ، وهـٰذا بيّن لا إشكال فيه .

ش ١٩٢

---

(١) في الأصل : الحث .
(٢) في الأصل : « علّق » والمثبت اختيارٌ منا لأن الحديث عن نكاحِ ثانٍ بعد بينونة قطعت الحل .
(٣) في الأصل : بذلك .

فصل

قال : « ويقسم للمريضة والرتقاء . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٦٣٧ـ حق القَسْم يثبت للنسوة ، وإن كان بهن موانعُ طبيعيةٌ أو شرعيةٌ من الوقاع ، فيقسم للمريضة ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والتي ظاهر عنها ـ وإن كان لا يقربها حتىٰ يُكَفِّر ـ وكذلك يقسم للصائمة ، والمُحْرِمة ؛ والسبب فيه أن المقصود الظاهر من القَسْم الإيناس ، ولسنا ننكر أن المقصود الأقصى الوقاعُ ، أو تزجيةُ الوقت علىٰ [رجائه][(٢)] ، ولـٰكن عماد القَسْم الإيناسُ ، واجتنابُ التخصيص ، والحذرُ من الإضرار ، بإظهار [الميل][(٣)] وهـٰذا يتضمن إشراكَ اللاتي ذكرناهن ، والتي آلىٰ عنها زوجُها إذا انقضت مدة الإيلاء ، فلها المطالبة بالطلاق ، والمطالبة بحق القَسْم على البدل ، وإليها الخِيَرَةُ .

٨٦٣٨ـ ثم إن كان الزوج يسكن منزلاً ، وكان يدعوهن في نُوَبهن ، فعليهن أن يحضرنَه ، ومن امتنع منهن ، فهي ناشزةٌ ، ويسقط حقها من القسم في نوبة امتناعها .

وإن كان يدور عليهن في مساكنهن ، فليفعل من ذلك ما يراه .

وإن كان يُساكن واحدة منهن ، وكان يدعو إلىٰ دارها ضَرّاتِها ، فلهن أن يمتنعن ؛ فإنَّ مُساكنة الضَّرَّة لا تجب .

والقول في تفصيل المساكنة ، واشتمالِ دارٍ علىٰ حُجَر يأتي مستقصًىٰ في كتاب العِدد ، إن شاء الله عز وجل ، ومحل غرضنا : منْزِلٌ مُتحد لا يجوز للزوج أن يُسكنه ضرتين[(٤)] .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٤٣ .

(٢) كذا قدرناها علىٰ ضوء ما بقي من أطراف الحروف .

(٣) في الأصل : المثل .

(٤) خالف ابنُ أبي عصرون الإمامَ في هـٰذا ، فعقَّب قائلاً : « قلت : وهـٰذا الإطلاق لا يصح ؛ فإنهما إذا رضيتا بذلك ، جاز » ا .هـ .

ولو كان يدعو بعضَهن ويصير[١] إلىٰ بعضهن في منزلها ، فقد قال **القاضي** : ليس هـٰذا من العدل والتسوية .

ولست أرىٰ [الأمرَ][٢] في هـٰذا بالغاً مبلغ [الحظر][٣] ، وإنما هو ممّا يُفرض من التفاوت في [التهلّلِ][٤] والاستبشارِ والوقاعِ نفسِه ـ وإن استُثْني الوقاع بخروجه عن الاختيار ، فالاستمتاعات الاختيارية كالقبل [واللثم والالتزام][٥] لا تشترط [فيها][٦] التسوية .

وقد ينقدح في ذلك فرق ، فإنَّ تخصيص البعض بالمسير إليها ، وتخصيص البعض بالاستدعاء ، قد يورث [ضغينةً][٧] وإظهارَ تفاوت في الميل والتقديم والتأخير ، ومع هـٰذا يجب القطع بأنَّ هـٰذا القدر من التفاوت محتمل ؛ لأنَّ تفاوت الأقدار والمناصب قد يقتضي هـٰذا القدر ، فلا ينتهي الأمر فيه إلى التحريم .

٨٦٣٩ـ ثم قال الشافعي : « وإن سافرت بإذنه . . . إلىٰ آخره »[٨] .

إذا سافرت المرأة ، ففي سفرها **ثلاث مسائل** : **إحداها** ـ أن تسافر دون إذن الزوج ، فهي ناشزة ، لا قَسْمَ لها ولا نفقة .

والمسألة الثانية ـ أن تسافر [الزوجة][٩] بإذن الزوج ، بأنْ كان أشخصها في شغل من أشغال نفسه/ فنفقتها دارّة ، وحقها من القسم ثابت ، فإذا عادت وكان أقام في غيبتها عند ضراتها ، فيجب عليه أن يقضيَ حقَّها ، كما بيّنا كيفية القضاء فيما مضىٰ .

ي ١٩٣

---

(١) يصير : أي يمضي إلىٰ بعضهن ، كما عبر بذلك الرافعي والنووي .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) في الأصل : « الحصر » . والمثبت من مختصر ابن أبي عصرون .
(٤) في الأصل : التملك .
(٥) في الأصل : والقيم والإلزام .
(٦) زيادة من المحقق .
(٧) في الأصل : مريضة .
(٨) ر . المختصر : ٤/ ٤٤ .
(٩) في الأصل : الزوج . وهي صحيحة ، ولـٰكن جرى الفقهاء في الأبواب كالميراث والنكاح على استعمال (الزوجة) بالتاء لدفع اللبس .

والمسألة الثالثة ـ أن تخرج بإذن الزوج في حاجة نفسها ومُهمٍّ سَنَحَ لها ، فإذا كان ذلك ، فالمنصوص عليه في **الجديد** : أنه يسقط حقها من القَسْم ونفقتِها ، وقال في **القديم** : لها القسم والنفقة ؛ لأنها خرجت بالإذن والرضا . والصحيح : القول **الجديد** ؛ فإنها اشتغلت عن الزوج بما هو خالص حقها ، فيبعد أن يثبت حقها على الزوج وهي مشتغلة عنه ، وهـٰذا في القَسْم علىٰ نهاية الوضوح ؛ من جهة أن طمعها في استمرار حقها من القسم مع اشتغالها بغرضها عن استيفاء الحق طمع في غير مطمع ، فالإذن لا يفيدها إذاً إلا سقوطَ المأثم .

٨٦٤٠ـ ثم قال : « وعلىٰ ولي المجنون أن يطوف به علىٰ نسائه . . . إلىٰ آخره »[١] .

ذهب **أئمة المذهب** إلىٰ أنَّ الزوج إذا جُنَّ ، فإنَّ حق القَسْم ثابت ، كما كان من قبل ، وعلىٰ ولي المجنون أن يطوف به علىٰ نسائه ، مع رعاية التسوية ، وإن رأىٰ ، دعاهن إليه في نُوَبهن . ثم قالوا : لو ترك الوليُّ حقَّ واحدة ، وخصَّ الزوجَ بالباقيات ، فهـٰذا ظلمٌ يجب تداركه بطريق القضاء كما تقدم ، فإنْ تداركه الوليُّ بنفسه جاز . وإن أفاق المجنون ، وقامت البينة علىٰ ما جرىٰ من الظلم ، واعترف به اللواتي وقع الظلم بهن ، فيجب عليه أن يقضي إذا [استبلَّ][٢] واستبد[٣] به .

وإن لم تقم بيِّنة ، ولم يثبت اعتراف ، فقول الولي غيرُ مقبولٍ في دعوىٰ ظلمٍ جرىٰ ؛ لأنَّ الولاية قد انقطعت بالإفاقة ؛ فلم يبق للولي سلطان . وإذا زال سلطان الولاية ، زال بزواله قبولُ القول . هـٰذا مسلك الأئمة المعتبرين .

٨٦٤١ـ وذكر **بعض المصنفين وجهين** : **أحدهما** ـ ما ذكرناه .

والثاني ـ أن حق القسم يسقط بالجنون ، فلا مطالبة على الولي برعايته ؛ فإنَّ الغرض الأظهر من القَسْم الإيناسُ ، والمحذورُ من التحيف فيه إظهارُ الميل ،

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٤٤ .

(٢) في الأصل : استقل . ومعنى استبل أي شفي .

(٣) استبدّ به : أي ملك القضاء وانفرد بالتصرف .

والإضرارُ بهـٰذه الجهة بالتي يقع التخلف عنها ، وهـٰذان المعنيان مفقودان من المجانين .

وهـٰذا لا بأس به ، وإن لم أرَه إلا في هـٰذا التصنيف ومؤلفه مجهول[١] عثورٌ[٢] في المذهب .

وعندي وراء ذلك نظر ، وهو أن مخاطبة الولي بأنْ يطوف به عليهن لا وجه لها ؛ فإنَّ الزوج العاقل لو أراد التخلف عنهن ، فلا مطالبة عليه ، وإنما يُطَالَبُ الوليُّ بما يُطَالَبُ به الزوجُ لو لم يكن مَوْلياً [عليه][٣] .

ولو أدخل الوليُّ واحدةً على الزوج ، فهل يجب عليه أن يُثبت لكل واحدة مثلَ هـٰذا ؟ هـٰذا محل النظر ، فالذي ذكره معظم/ الأصحاب : أنه يجب ؛ تنزيلاً للولي منزلة الزوج . والذي ذكر في هـٰذا التصنيف أن ذلك لا يجب على الولي ؛ فإنَّ عماد القَسْم ما ذكرناه من اجتناب إدخال المغايظ على المحرومات بتخصيص المخصَّصات ، وهـٰذا إنما يُفزع قلوبَهن من جهة الزوج ، فأما الولي ، فلا يتعلق بفعله هـٰذا .

ش ١٩٣

وما ذكره الأصحاب أظهرُ ؛ طرداً للقياس الذي مهدناه من أن الولي مُخاطبٌ في المجنون بما يُخاطب به الزوجُ لو كان عاقلاً . ونحن وإن راعينا ترك الإضرار واجتناب المغايظ ، فلسنا ننكر كونَ القسم حقاً مطلوباً .

وبقي في المسألة نظر في أنهن لو جِئْنَ وقُلنَ : للزوج أن يتخلف عنا بجملتنا لو كان عاقلاً ، بناءً على الاختيار والإيثار ، ونحن في أثناء ذلك نرجو عودَه إلى القَسْم ، وإذا

---

(١) مجهول : أخشىٰ أن تكون (جهول) . فبعض المصنفين الذي يقصده الإمام ليس مجهولاً! وقد صرّح النووي بأن صاحب هـٰذا الوجه هو الفوراني . (الروضة : ٧/ ٣٤٧) . وغفر الله لإمامنا إمام الحرمين ، فليس أبو القاسم الفوراني جهولاً ، ولا مجهولاً ، ولـٰكنه « استيلاء النقص على البشر » .

(٢) عَثور : أي كثير العثرات . وقد أشرنا أنه يقصد بقوله : « بعض المصنفين » أبا القاسم الفوراني ، وأنه كثير الحطّ عليه . ولـٰكن لم يبلغ ذلك إلى الوصف بأنه (مجهول عثور) إلا هـٰذه المرة . ومع ذلك يُظهر إعجابه بقوله ، ويثبته في كتابه . ويا للعجب كيف يصنع الغضب حتىٰ بالكبار!!

(٣) في الأصل : عنه .

جُن الزوج وأطبق الجنون ، فلا إيثار له ، فلو منعْتَه عنا ، لكان ذلك إضراراً [بنا][١] ؛ فقد يتجه إذا لم يكن على الزوج ضرر من الوقاع أن تجب إجابتهن ، فظاهر النص دال عليه ؛ فإنَّ **الشافعي** قال : وعلىٰ ولي المجنون أن يطوف به علىٰ نسائه ، وفحوىٰ كلام **الأئمة** دالةٌ علىٰ حمل ذلك على التسوية ، حتىٰ لو فرض الامتناع عن إدخاله عليهن [جملةً][٢] ، فالمسألة محتملة جداً . وقد أشرنا إلىٰ وجوه الكلام في أطراف المسألة ، وما حكيناه من الوجهين في **بعض التصانيف** يمكن حمله علىٰ هـٰذا الطرف أيضاً .

٨٦٤٢ـ ثم إن كان يُجن يوماً ، ويُفيق يوماً ، فليس من العدل أن نجعل نوبة الجنون لواحدة ، ونوبةَ الإفاقة لواحدة ، ولـٰكن الوجه : أن [نبني][٣] نوبة الجنون ونوبة الإفاقة إمَّا على التناوب ، وإمَّا على الجميع .

وحكىٰ **الأئمة** أيضاً **للشافعي [قولاً]**[٤] في أنَّ الرجل إذا كان مفيقاً في نوبةٍ واحدةٍ ، مجنوناً في نوبة الأخرىٰ ، فأيام الجنون غيرُ محسوبة على التي كان الزوج مجنوناً في نوبتها ، ونجعلُ كأنَّه غاب عنها ، فإذا أفاق ، وفَّاها حقها مثلما وفَّىٰ للأولىٰ في حالة الإفاقة .

وهـٰذا [يُحوج][٥] إلىٰ تدبر ؛ فإنَّ أيام الجنون على الجملة أيام قَسْم علىٰ ظاهر النص . وقول **الأصحاب** ، [بإخراج][٦] أيام الجنون عن الاعتبار فيه بعضُ النظر : يجوز أن يُقال : إن لم ترض بالإقامة عندها في أيام الجنون وانتظرت الإفاقة ، فلها ذلك ؛ فإنها تقول : أقام عند صاحبتي عاقلاً والتسويةُ مرعية ، فأما إذا [أقام عندها][٧] في الجنون ، فهـٰذا منها بمثابة الرضا بعيبِ ما يجوز رده بالعيب ، فإن لم يكن بأيام

(١) في الأصل : بينا .
(٢) في الأصل : بجملته .
(٣) في الأصل : بين .
(٤) زيادة من المحقق .
(٥) في الأصل : يخرج .
(٦) في الأصل : فإخراج .
(٧) في الأصل : أقامت عنده .

الجنون اعتبار ، فهـٰذا يؤكد سقوطَ حكم القَسْم في أيام الجنون بالجملة ، كما نقلنا التردد [فيه][١] ، والله أعلم .

٨٦٤٣ـ ثم قال **الأئمة** : إن/ كان الزوج محجوراً سفيهاً ، فهو في نفسه مخاطب بالتسوية بينهن ؛ فإنه عاقل مكلف ، ولا مدخل للولي في هـٰذا . ي ١٩٤

٨٦٤٤ـ ثم قال : « وإن خرج من عند واحدة في الليل أو أخرجه السلطان. . . إلىٰ آخره »[٢] .

إذا كان الزوج عند واحدة في نوبتها ، فخرج في بقية الليل باختيارٍ ، أو أخرجه السلطانُ ، فقد تبعض علىٰ صاحبة النوبة حقُّها في هـٰذه الليلة ، فيجب على الزوج قضاءُ ما فاتها من حقها ، ولم يصر أحدٌ من **الأصحاب** إلىٰ أن ما مضىٰ من الليل يبطُل ويتعطل حتىٰ يجب قضاء الليلة بتمامها ، وإن كنَّا ذكرنا وجهاً في أنه لو جامع في نوبةِ واحدةٍ ضرّتها ، فقد بطلت الليلة ، وهـٰذا الوجه حيثما ذكرناه ضعيف . ثم الفرق لائح ، فالذي يجب قضاؤه المقدارُ الذي فات .

ثم إذا أراد قضاءه وتحته امرأتان مثلاً ، فالوجه : أن يبيت المقدار الذي كان فيه عند تلك الزوجة عند صديقٍ ، أو في مسجدٍ ، فإذا انتهىٰ إلى الزمن الذي خرج فيه ، عاد إليها وأقام عندها ، ولا يضر تخلفه عن ضرتها في ليلة تامة ؛ فإنّ تخلل التفريق والفُرَجُ في خلَلَ القسم ليس ظلماً ، إذا لم يكن فيها مقيماً عند واحدة ؛ فإذاً المقدار الذي كان فيه [ثاوياً][٣] عند صديق مستثنىٰ من حساب نُوَبِ القَسْم ، وإنما المحسوب المقدار الذي [يقضيه][٤] .

ثم التبعيض في هـٰذه الصورة محتملٌ على الضرورة ، وإن كنا نمنع من وضع القَسْم علىٰ أنصاف الليالي ؛ فإنما نمنع ذلك على الاختيار ، وإذا حَمل عليه اضطرارٌ في القضاء ، فلا بد من احتماله .

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) ر . المختصر : ٤/ ٤٤ .
(٣) في الأصل : ثابتاً .
(٤) في الأصل : يقتضيه .

وإن أراد الذي يبغي قضاء نصفِ ليلة أن يبيت في النصف الأول عند زوجتيه ؛ فهو ممكن ، فليجعله نصفين في المقدار متساويين ، يقيم في أحد النصفين ـ وهو ربع الليلة ـ عند إحداهن ، ويبيت في الربع الآخر عند الأخرىٰ ، وقد حان وقت القضاء . والأشبه أن يقيم عند التي يقضي لها ثلاثةَ أرباع ليلةٍ ليلةً وِلاءً حتىٰ [لا][1] يحتاج إلى الانتقال .

٨٦٤٥ـ ثم قال : « **وليس للإماء قَسْمٌ ، ولا يُعطَّلْن** »[2] ، [لا][3] خلاف أنه لا قَسْم للإماء ، ولا قَسْم للمستولدات أيضاً ، وإن ثبت لهن أحكام الفراش عند بعض العلماء ، ثم كما لا قَسْم لهن مع الزوجات ، لا قسم بينهن [والمولىٰ][4] بالخيار فيهن ـ وما ينشأ من إسقاط حكمهن ، وهو عظيم الوقع على الحرائر المنكوحات ـ [أن][5] الزوج لو أقام عند أَمَةٍ دهراً ، فلا اعتراض عليه ، مع العلم بما يتداخل الزوجات من ذلك ، ولكن مقتضى الشرع أنهن مخرجات من الاعتبار نفياً وإثباتاً/ ، وإنما يُطلب حق القسم إذا دخل علىٰ واحدة من المنكوحات ، فللباقيات حينئذٍ أن يُطالبنه بالتسوية . ١٩٤ ش

٨٦٤٦ـ ثم ذكر **الشافعي** فصلاً في إضرار الرجل بامرأته ، ورفْعِها شكواها إلىٰ مجلس القاضي ، ونحن نرىٰ تأخير ذلك إلىٰ باب الحَكَمَيْن ، وفيه نذكر إضرارها ونشوزَها عليه ، والتباسَ الأمر بينهما ، وقد عقد **الشافعي** في النشور باباً مُفرداً .

٨٦٤٧ـ ثم قال : « **وله منعها من شهود جنازة أمها وأبيها ، وما أحب ذلك . . . إلىٰ آخره** »[6] .

للزوج أن يُلزم المرأةَ لزومَ البيت ، ويمنعَها من الخروج حسماً[7] ، ويمنعها عن

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) ر . المختصر : ٤/ ٤٤ .
(٣) في الأصل : في .
(٤) في الأصل : والأولىٰ .
(٥) في الأصل : لهن .
(٦) ر . المختصر : ٤/ ٤٤ .
(٧) حسماً : أي قطعاً (المعجم) .

عيادة الوالدين إذا مرضا فضلاً عن زيارتهما ، ويمنعها عن شهود تجهيزهما إذا ماتا ، هـٰذا الحق ثابت له إجماعاً .

ولـٰكن قال **الشافعي** : « وما أحب ذلك » . أراد : أني لا أستحب للزوج الغلوّ إلىٰ هـٰذا الحد ؛ فإنه سرف يُفضي إلى الحمل علىٰ قطيعة الأرحام ، ثم فيه حملُها علىٰ ما تمقُت به الزوَج وتفرَكُه[1] لأجله ، ثم يتنغص العيش عليه ، فيؤدي الأمر إلىٰ قطع الوُصلة ، والمسلك المستقيم رعايةُ القصد على التعميم ، وكلا طرفي قصد الأمور ذميم ، فلا ينبغي أن يأذن لها في التبرج ، ولا يمنَعها عن زيارة الأبوين وعيادِتهما ، وشهودِ تجهيزهما ، أو زيارةِ القبر ، فأمَّا اتباع الجنازة إلى المقبرة ؛ فإنه هُتكة وتكشف ؛ فالأولىٰ منعها .

* * *

(١) تفرَكُه : أي تبغضه .

باب
الحال التي يختلف فيها حال النساء(١)

٨٦٤٨ـ مضمون الباب الكلامُ في حق [الزِّفاف](٢) . فنقول : إذا نكح الرجل بكراً أو ثيّباً ، وعنده زوجات ، فتُخَص المزفوفةُ إليه بحقٍّ في العقد غيرِ محسوب في نُوَبِ القَسْم ، فإذا انقضىٰ ذلك ، كما سنصفه ، عاد إلىٰ ترتيب النُّوَب ، فإن كانت الجديدة بكراً ، خَصّها بسبع ليالٍ ، وإن كانت ثيّباً خَصّها بثلاث ليالٍ ، ثم لا تحسب السبع والثلاث على الجديدتين ، ولا يلزمه قضاؤهما في حقوق المتقدمات .

وأبو حنيفة(٣) يجوّز التخصيصَ ، ويُلزم القضاءَ في البكر والثيب . ومعتمد الشافعي ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقام عند أم سلمة لما زُفت إليه ثلاثَ ليال ، فلما انقضت ، فارقها ، فتعلقت برسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : **ليس علىٰ أهلك هوان! إنْ شئت سبَّعتُ عندك وسبَّعت عندهن ، وإن شئت ثلّثت عندك ودُرت »**(٤) . وعن أنس أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **للبكر سبع ، وللثيِّبِ ثلاث** »(٥) . فالباب موضوع على الخبرِ ، ومقتضاه ما ذكرناه ، فللبكر سبعٌ ، فإنها نفورةٌ ، فلا يزول ما بها من الحشمة والحياء إلاَّ بمدة ، والثيِّبُ/ في ذلك دونها ، ثم الرجوع في المقادير إلى التوقيف . ١٩٥ ي

٨٦٤٩ـ ثم لو أقام عند الثيِّب سبعاً بطلبها ورضاها ، أقام عند كل واحدة من

---

(١) في الأصل : « باب الحال التي **يحلف** فيها منع النساء » والتصويب من المختصر .
(٢) في الأصل : الرقاب .
(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٠ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٢٩٥ مسألة رقم : ٧٨٥ .
(٤) رواه مسلم : ٢/ ١٠٨٣ كتاب الرضاع ، ح ١٤٦٠ ، ومالك في الموطأ : ٢/ ٥٢٩ كتاب النكاح رقم١٤ ، وانظر التلخيص : ٣/ ٤١٠ ، ح ١٧١٨ .
(٥) حديث أنس أخرجه البخاري : كتاب النكاح ، باب إذا تزوج الثيب على البكر ، ح ٥٢١٤ ، ومسلم : ٢/ ١٠٨٤ ، كتاب الرضاع ، ح ١٤٦١ ، وانظر التلخيص : ٣/ ٤١٠ ح ١٧١٧ .

صاحباتها سبعاً سبعاً ، وبطل حقُّ اختصاصها بحق العقد . وإن أقام عندها ثلاثاً ، لم يقض الثلاث .

وإن أقام عندها سبعاً من غير طلبها ، لم يبطلْ اختصاصُها بالثلاث ، ولم يقض لصواحباتها إلا الأربع الزائدة علىٰ مقدار حقها ، والتعويل فيما ذكرناه على الخبر ، فإنه قال صلى الله عليه وسلم : « **إن شئت سبَّعت لك وسبعت لهن ـ وهـٰذا تصريح بقضاء السبع ـ وإن شئت ثلثت عنك ودُرت** » . معناه : عدت في الأدوار إلىٰ أحسابها ، ولم أقض الثلاث . وإنما قال هـٰذا ، إذ طلبت منه أم سلمة أن يقيم ، فإذا لم يكن منها طلب ، لم يملك الزوج إبطالَ حقِّ عقدِها بإطالة المقام عندها .

وذكر **الأصحاب** لِمَا ذكرناه من بطلان حقِ العقد نظيراً ، وفي ذلك النظير كلامٌ ، ولـٰكنا نذكره ، قالوا : لو قطع الجاني يدَ إنسانٍ من المرفق ، فقطع المجنيُّ عليه يدَه من الكوع في القصاص ، فليس له حكومة في الساعد ؛ فإنه قَطَعَ ما لم يكن له قَطْعُه ، وعدل عن حقه . وكذلك الثيب إذا عدل عن حقها إلىٰ ما هو حق غيرها .

٨٦٥٠ـ ولو أقام عند البكر أكثرَ من سبع ، لم يقض لضراتها إلاَّ مقدار الزيادة .

ولسنا نفي بمعانٍ جامعة فارقة ، وإنما ندور علىٰ مقتضى الخبر ، فإذا لم نجد متعلقاً فيه ، رجعنا إلى التمسك بالقياس . ومن القياس الجلي ألاَّ يبطل حقُ صاحبِ الحقِ إذا أخذَ أكثرَ من حقه ، فأجرينا الزيادةَ علىٰ حقِّ البكرِ علىٰ هـٰذا القياس ، وتركنا ما ذكرناه في حق الثيب من بطلان حقها ـ إذا طلبت الزيادةَ وأُجيبَت ـ علىٰ موجب الخبر .

٨٦٥١ـ ولو طلبت الثيب أن يقيم عندها خمسَ ليال ، فهل يبطلُ حقُها بهـٰذا المقدار من الزيادة أو بما دونها ؟ أم يتوقف بطلانُ حقِها في الثلاث علىٰ أن تطلب السبعَ أم ببعض هـٰذا ؟ لم أرَ فيه نصاً ، وفي المسألة احتمال تشيرُ إليه الترديداتُ التي ذكرناها .

٨٦٥٢ـ ومما يتعلق بالباب أنَّ المنكوحةَ إذا كانت أَمَة ؛ فكيف القول في حق عقدها إذا زُفت ؟ اختلف **أصحابنا** في المسألة ، فمنهم من قال : هي كالحرة ، وإن كانت[1] أعلىٰ منها في القسم المستمر في دوام النكاح ؛ لأنَّ حقَّ العقدِ لغضِّ الحياء وكسر

---

(١) وإن كانت أعلىٰ : المراد الحرة .

الحشمة ، وهٰذا يرجع إلى الجِبلَّة ، وما يتعلق بالجبلات من المُدد لا يختلف بالرق والحرية [ولذا لم يتطرق إليه فرقٌ في مدة العُنَّة والإيلاء][1] وفيما ذكرناه احتراز عن العدّة .

ومن أصحابنا من رأىٰ تنصيف حق العقد بالرق ؛ فإنَّ هٰذا علىٰ مضاهاة القَسْم ، وإن اختص بمزيد غرض ، فإلحاقه بقاعدة القَسْم أولىٰ .

فإنْ فرعنا/ علىٰ هٰذا الوجه الأخير ، فلا وجه إلاَّ التنصيف ، فللأَمَةِ البكر ثلاثُ ليال ونصف ، والأيام علىٰ حسب ذلك ، وللأَمَةِ الثيب ليلةٌ ونصف ، والأيام كما ذكرناه ، وليس ذلك كالأقراء ، فإنَّا لا نثبت للأَمة في العدة قرءاً ونصفاً ؛ فإنَّ القروء لا تتبعض ، والليلة تتبعض . ١٩٥ ش

فإن قيل : أليس تردَّدَ الأصحاب في الاعتداد بالأشهر ، فقال قائلون : تعتد الأمة بشهرين ، قلنا : سبب ذلك أنهم رأوا الأصل الأقراء ، فأثبتوا شهرين في مقابلة قرأين . والأصح أنَّ اعتداد الأمة بشهر ونصف . وهاهنا قطعوا بالتنصيف ؛ إذ لا أصل يمتنع التبعيض فيه .

٨٦٥٣ـ ثم قال الشافعي : « ولا أحب أن يتخلف عن صلاة ولا عن شهود جنازة . . . إلىٰ آخره »[2] .

أراد بهٰذا أنَّ الزوج في إقامته أيام الزفاف عند زوجته ينبغي أن لا يترك إقامة الجماعات والخروج لها ، وهٰذا إنما ذكره **الشافعي** علىٰ ظهوره ؛ لأنَّ أهل الحجاز يعتادون لزومَ بيت العرس إلى انقضاء أيامٍ ، لا يرون البروز فيها ، فأبان أنَّ تلك العادة لا أصل لها .

* * *

---

(١) عبارة الأصل : « وإذا لم يتطرق إليه بعد المدة العُنَّة والإيلاء » والمثبت تصرف من المحقق .
(٢) ر . المختصر : ٤/ ٤٥ .

باب
القَسْمِ للنساء إذا حَضَرَ سفرٌ

٨٦٥٤ـ نقول في صدر الباب : إذا أراد الانتقال إلىٰ بلدة أخرىٰ ، فهو بين أمرين ، إمَّا أن يستصحبَ جميعَ زوجاته ، وإمَّا أن [يخلّفهن][(1)] ، ولا معترض عليه في ظاهر الحكم في واحد من الأمرين .

وأمَّا إذا أراد أن يستصحب بعضَهن ، وينتقلَ معها ، ويخلِّف الباقيات ، فهـٰذا حرامٌ محض .

وإذا كنا نُحرِّم تفضيل امرأة بلحظة من القَسْم ؛ لما فيه من إثبات التخصيص والميل ، فالانتقال ببعضهن وتعطيل الباقيات أعظم من هـٰذا .

والذي يدور في الخَلَد أنه إذا انتقل إلىٰ بلدة أخرىٰ ، وأزمعَ إدامةَ الإقامة ، وخلّف الزوجات بجملتهن ، فقد يخطِر للفقيه أنهن يتضررن باحتباسهن عمرَهن . وليس كما لو كان يمتنع من الدخول عليهن وهو حاضر ؛ فإنهن كنَّ يرجون أن يعود إلى المألوف من معاشرتهن ، والعَوْدُ ممكن ، [وأما][(2)] إذا انتقل وخلّفهن ، فهـٰذا ضرر بيِّن ، وليس ينتهي الأمر إلى التحريم .

٨٦٥٥ـ فإنْ لم يكن سفرُه سفرَ نُقلةٍ ، فهو في الخِيرَتين المذكورتين في سفر النُّقلة علىٰ ما ذكرناه ، فإنْ شاء خلّفهن ولم يستصحب واحدة منهن ، وإن شاء سافر بهن .

ولو أراد أن يسافر ببعضهن ويخلِّفَ الباقيات ، فليس له أن يفعل ذلك بانياً علىٰ تخيّره وإرادته ؛ إذ ذلك لو فعله مناقضٌ لوضع القَسْم ، من المنع عن إظهار الميل .

وحقه إذا أرادَ المسافرةَ ببعض نسائه أن يقرع بينهن ، فيسافرَ بمن تخرجُ القرعةُ

---

(1) في الأصل : يخلفن .
(2) زيادة اقتضاها السياق .

عليها ، وإذا فعل ذلك ، فالأيام التي تنقضي في سفره لا يلزمه [قضاؤها][(١)] للمخلّفات إذا رجع إليهن .

والأصل في الباب/ ، ما روي عن عائشة أنها قالت : « كان صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فمن خرجت قرعتُها سافر بها »[(٢)] . ثم صح بطريق الاستفاضة أنه كان إذا رجع يجري على النوب في القَسْم . ١٩٦ ي

وذكر **الأئمة** معنىً كلياً ـ والتعويل على الخبر ـ ونحن نذكر منه ما ينضبط به المذهب إذا تفرعت مسائل الباب ، فنقول : المرأة التي تخرج مع زوجها مسافرة ، وإن كانت تحظىٰ بصحبة الزوج ، فإنها تشقىٰ بما تلقىٰ من محن السفر ، وينضم إلىٰ هـٰذه سقوطُ اعتبار الرجل في تحكيمه القرعة . والمخلّفةُ وإن كانت تشقىٰ بفُرقة الزوج ، فهي علىٰ حظٍّ بالتردد والتودع[(٣)] في البلد . فهـٰذا أصل الباب . **وأبو حنيفة**[(٤)] يُلزم قضاء أيام السفر للمخلّفات ، ولا يجعل للقرعة أثراً في إسقاط القضاء .

٨٦٥٦ـ ثم ذكر **أئمتنا** مسائلَ مرسلةً تأتي علىٰ أطراف الباب ، ونحن نأتي بها ، ثم نجمعها في ربقة جامعة .

---

(١) في الأصل : قضاؤه .

(٢) حديث عائشة رواه البخاري : كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفراً ، ح ٥١١ ، ورواه مسلم : كتاب فضائل الصحابة ، ح ٢٤٤٥ ، وانظر (تلخيص الحبير : ٣/ ٤١٢ ح ١٧٢١) .

(٣) التودّع : الإقامة والدّعة .

(٤) لم أر هـٰذا عند الأحناف ، لا في **مختصر الطحاوي** ، ولا في **مختصر اختلاف العلماء** ، ولا في **حاشية ابن عابدين** . بل وجدت عكس ذلك في الاختيار لتعليل المختار : ٣/ ١١٧ ، قال ما نصه : « ويسافر بمن شاء ، والقرعة أولىٰ . . . ومن سافر بها ليس عليه قضاء حق الباقيات ؛ لأنه كان متبرعاً ، لا موفياً حقاً » ا . هـ . وحكى الرافعي عن الغزالي في الوسيط أنه قال : إن أبا حنيفة رحمه الله ، قال بوجوب القضاء (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٣٨٠ ، والوسيط : ٥/ ٣٠٠) . قلتُ ، عبد العظيم . تبع الغزالي شيخه في هـٰذا النقل عن أبي حنيفة رضي الله عنه ، وهو مخالف لما رأيناه عند الأحناف ، فهل هو وهم في النقل ، أم هو قول مهجور لأبي حنيفة رضي الله عنه ؟ وانظر أيضاً (البدائع : ٢/ ٣٣٣ ، والهداية : ١/ ٢٢٢) لترىٰ أنهما أيضاً يقولان بعدم القضاء للمخلّفات ، وانظر أيضاً : المبسوط : ٥/ ٢١٩ ، وابن عابدين : ٢/ ٤٠١ .

فمما ذكروه : أن الرجل إذا بلغ المقصد ، فلو نوىٰ مقام أربعة أيام ، فعليه قضاؤها للمخلَّفات إذا رجع ؛ فإنه في إقامته خرج عن حكم المسافرين ، وهـٰذا مما أجمع عليه **أئمة المذهب** ، **القاضي** ، **والصيدلاني** وغيرهما .

ثم إذا ابتدأ الرجوعَ ، فهل يلزمه قضاءُ مدة الرجوع ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أحدهما** ـ يلزمه ؛ فإنه من وقت الخروج عن حد المسافرين ، انقطع حكم السفر المُسقط للقضاء ، فتلتحق أيام رجوعه بأيام إقامته .

والوجه الثاني ـ أنه لا يقضي للمخلفات أيام الرجوع ؛ فإنه من وقت ابتداءِ الرجوعِ تركَ ما لابَسَهُ من الإقامة ، وعاد إلىٰ حكمِ السفر ، وقد اقتضى السفر سقوطَ القضاء ، وهو من وقت الرجوع مسافر .

وناصر الوجه الأول يقول : الظاهر يقتضي أن يقضي للمخلَّفات إذا خصص واحدة من الضَرَّات بالصحبة ، ولـٰكن القرعة اقتضت جواز التخصيص من غير قضاء ، فإذا انقطع حكم القرعة بالإقامة ، لم يعد حكمُها ، ولا بد من استفتاح قرعة أخرىٰ ، ولا سبيل إلىٰ ذلك إلاَّ عند العَوْد ، وفرضِ إنشاء سفر ، وابتداء إقراع عنده ، وهـٰذا بمثابة ما لو اعتدى المودَع وضمن ، فإذا ترك العُدوان ، لم يعد أميناً ؛ [إذ][1] جرى الائتمان أولاً مطلقاً .

ثم إن حكمنا بأنه يقضي أيام رجوعه للمخلفات ، فلا كلام ، وإن حكمنا بأنه لا يقضي ؛ فالذي قطع به **الأئمة** : أن الأيام التي لا يقضيها أولها من وقت خروجه متوجهاً إلى الوطن الذي به المخلّفات .

٨٦٥٧ـ وفي بعض **التصانيف** أنَّ أول الوقت [عند][2] عزمه علىٰ [الانكفاء][3] وقصده . وهـٰذا غلط [صريح][4] ؛ فإنَّ حكم الإقامة إذا ثبت لا يزول إلا بمزايلة المكان الذي ثبت حكم الإقامة فيه .

---

(١) في الأصل : إن .
(٢) في الأصل : عن .
(٣) في الأصل : الانكفاف . والانكفاء : هو الرجوع .
(٤) في الأصل : صحيح .

وإنما وقع لهـٰذا/ المصنف هـٰذا من قول **الأصحاب** : إنه إذا قصد الإقامة ، لزمه القضاء من هـٰذا الوقت ؛ فظن أن قصد الرجوع في قطع الإقامة كقصد الإقامة في قطع السفر ، وهـٰذا ظاهر السقوط ، ولا مصدر له عن فكرٍ ؛ فإنَّ الإقامة تحصل بمجرد القصد ، كما تحصل [القِنية][1] في البضائع لمحض النية ، ولا تنقطع الإقامة إلاَّ بفعل السفر ، كما لا ينعقد حول التجارة إلابإنشاء عقد التجارة ، فليس هـٰذا إذاً معدوداً من المذهب .

١٩٦ ش

وقد ذكر **العراقيون** اختلافاً **للأصحاب** علىٰ مناقضة هـٰذا ، فقالوا : إذا سافر الرجل ببعض نسائه عازماً على الانتقال إلى البقعة المقصودة ، فهـٰذا ظلم منه ، وإذا انتهىٰ إلى البقعة [المأمومة][2] ، فالأيام التي تتفق الإقامة فيها[3] بها مقضية ، والأيام [التي][4] قطع [فيها][5] المسافة من الوطن إلى البقعة ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنها لا تُقضىٰ ؛ فإنها أيام سفر ، والمسألة مفروضة في الإقراع واتباع خروج القرعة لا محالة .

والثاني ـ أن تلك الأيام مقضية ؛ فإنها قصدُ ظلم ، فكانت في معنى الظلم ، وهـٰذا [أوجه][6] ، والوجه الأول مزيف ، وليكن ميل الفقيه في الباب إلى القضاء ، مهما وجد فيه مستمسكاً .

٨٦٥٨ـ وإذا أقام في البقعة التي قصدها ، وثبت له حكم الإقامة ، وانقطعت رخص المسافرين ، ثم إنه أنشأ سفراً من تلك البقعة قُدُماً ، وهو مُستدبر وطنَه مثلاً ، فإن قلنا : أيام رجوعه إلى الوطن مقضية ـ فهـٰذه الأيام مقضية ، وإن قلنا : أيام الرجوع

---

(١) غير مقروءة بالأصل . والقِنية : الاقتناء ، يشيرُ الإمام بها إلىٰ أن من يملك عروضاً للتجارة ، إذا نوى القِنية ، أي نوى اقتناءها ، واتخاذها لنفسه ، ينقطع حول التجارة بمجرد نية القِنية .

(٢) في الأصل : المأمونة .

(٣) فيها : أي في البقعة المأمومة . وبها : أي بالزوجة التي معه . فالمعنىٰ : الأيام قضاها في البقعة بهـٰذه الزوجة .

(٤) في الأصل : الذي .

(٥) زيادة من المحقق .

(٦) في الأصل : الوجه .

لا تُقضىٰ ، فالحال ينقسم في تقدمه بالسفر ، فإن بدا له هـٰذا السفر الآن ، ولم يكن [عازماً][1] عليه في خروجه الأول ، فهـٰذه الأيام مقضية ؛ فإنه أنشأ السفر عن إقامةٍ ، وما كان عزم عليه قبلُ .

وإن كان نوىٰ أن يمتد إلىٰ بغداد ، فأقام بالرَّي الإقامة التي وصفناها ، ثم استتم سفرته إلىٰ بغداد ؛ فهـٰذا فيه احتمالٌ ، علىٰ قولنا : أيامُ الرجوع غيرُ مقضية ، والأوجه هاهنا : وجوب القضاء .

ويجوز أن نَفْصل بين أن يقطع نيةَ السفر ، ثم تبدو له فيعود ، وبين أن يكون مستديماً لنية السفر الأقصىٰ ، ولـٰكن نوىٰ إقامة أيامٍ في بقعة ، فتنتظم **أوجه** ، **وجهان عامّان** في النفي والإثبات ، ووجه مُفَصَّل ، كما نبهنا عليه .

ولو نوىٰ مُقام المسافرين ، فهو مسافر ، لا يتغير من الحكم الذي ذكرناه في القسم شيء .

٨٦٥٩ـ وذكر **العراقيون** أنه إذا سافر ببعض نسائه سفراً قصيراً ، فيلزمه القضاء ، وزعموا أن القضاء إنما يسقط في السفر الطويل عند فرض القرعة المسقطة للاختيار ، وكأنهم عدُّوا سقوط القضاء في مقابلة المشقة التامة .

وكان **شيخي** يتردد في هـٰذا ويقول : من الرخص ما يتعلق بالسفر القصير والطويل وفاقاً ، أو على/ قولٍ ، وأحراها بالذكر الجمع بين الصلاتين تقديماً وتأخيراً . ي ١٩٧

والوجه عندي : القطع بما ذكره **العراقيون**[2] ؛ فإنَّ ما نحن فيه يضاهي إسقاط العبادات ، أو تخلية الأوقات منها . وهـٰذا الفن لا يثبت إلا في السفر الطويل ، والله أعلم .

فهـٰذه المسائل أطلقها **الأصحاب** وما أحوجَها إلىٰ رباط يحويها .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) لم يرجح الرافعي ولا النووي أياً من الوجهين ، ولـٰكنهما نقلا ترجيح صاحب التهذيب وصاحب التتمة للتسوية بين السفر الطويل والقصير (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٣٨١ ، والروضة : ٧/ ٣٦٣) .

٨٦٦٠ـ وقد أجرىٰ **الأصحاب** في صدر الباب النُّقلة ، وهـٰذا قد يخيِّل أن إقامة أيام وإن جرى العزم عليها لاتوجب القضاء ، ثم صرحوا بأنه لو أقام أربعة أيام علىٰ قصد وعزم ـ فهـٰذه الأيام مقضية . وكل ما [ذكروه][1] صحيح .

والضبط فيه أنَّ سفر النُّقلة ببعض النساء محرَّم ، يعني تخصيصَ المخرَجة .

والسفرُ إذا لم يكن سفرَ نُقلة ، وكانت الحاجة تَمَسُّ إلىٰ إقامة أيام بالقصد ، فهـٰذا النوع من السفر مما يسوغ فيه تخصيص بعض النسوة بالقرعة ، وليس كسفر النقلة ، ويجب قضاء أيام الإقامة ؛ لمكان التودّع[2] وزوال المشقة .

وإن كان السفر عرياً عن قصد النقلة ، ولم تكن [فيه][3] إقامة تزيد علىٰ مدة المسافرين ؛ فيجوز الخروج ببعض النسوة بالقرعة ولا يلزمه القضاء .

٨٦٦١ـ فالأسفار إذن علىٰ ثلاث مراتب .

[المرتبة الأولىٰ :][4] سفر النقلة ، وهـٰذا هو الذي لا يجوز الخروج فيه ببعض النسوة ؛ فإنه لا يتصور أنْ يجمع من يقصد الانتقال بين قصد الانتقال وقصد القضاء ، فيجرد قصدَه ظلماً ، فكان مقصودُه محرماً .

والمرتبة الثانية : سفرةٌ[5] فيها تودّع يُسقط رخص المسافرين ، فالخروج ببعض النسوة علىٰ شرط تحكيم القرعة جائز ، ثم أيام الإقامة إذا انقضت مقضيةٌ ؛ لما فيها من التودّع .

والمرتبة الثالثة ـ [هي][6] سفرة طويلة لا [يتخللها][7] ولا يتصل بمنتهاها ،

---

(١) في الأصل : ذكره .
(٢) التودّع : أي الدعة والراحة من السفر .
(٣) في الأصل : فيها .
(٤) هـٰذا العنوان من وضع المحقق .
(٥) في الأصل : لسفرة .
(٦) في الأصل : في .
(٧) في الأصل : يتخيلها .

[إقامة](١) في أيام تزيد علىٰ مدة إقامة المسافرين ، فيجوز تخصيص بعض النسوة [بالإقراع](٢) ، والقضاءُ منتفٍ في جميع الأيام ، فإنَّ حكم السفر مطرد فيها .

٨٦٦٢ـ ثم ننعطف ونقول : إذا خرج بالبعض وقصدُه النقلة ، وأقرع ، فعلىٰ أيام خروجه إلى الانتهاء إلى المقصد خلاف ، ذكره **العراقيون** وإذا كان علىٰ قصد إقامة أيام في منتهى السفر مثلاً ، فأيام خروجه إلى الانتهاء إلى المقصد غيرُ مقضية بلا خلاف .

وأما المرتبة الثالثة ، فلا كلام فيه ؛ فإنَّ جُملة الأيام عرية عن التودّع ، وفيها دقيقة لطيفة ، وهي : أنَّ المسافر [إن](٣) كان لا يقيم بمقصده إلاَّ يوماً واحداً ؛ فإنه لايقصر في المقصد ولا يفطر ؛ إذ لو عُدَّ ذلك منزلاً ، لكانت مرحلة واحدة كافية ؛ لأجل أنها إذا حسبت ذهاباً ومجيئاً ، صارت مرحلتين ، [فإنا نميز](٤) الرخصة في السفر من غرض القَسْم ؛ فإنَّا لا نوجب القضاء إذا لم يُقم في مقصده ، وإن كان لايقصر ، لأن [مبنىٰ](٥) هـٰذا الباب علىٰ زوال التودّع ، ومبنى الرخص على انتهاء السفر ، والرجوع ابتداءٌ آخر .

ش ١٩٧ والذي يقتضيه هـٰذا القياس أنَّ/ السفر إذا كان مرحلة واحدة ، فيجب أن يكون في إسقاط القضاء [كمرحلتين](٦) في التقصير(٧) ، فإنَّ مدة الكون في خاصية الباب في منتهى السفر كالإقامة في مرحلة من المراحل ، وهـٰذا لطيفٌ حسن ، والاحتمال مع ذلك قائم .

٨٦٦٣ـ ومما بقي في الفصل : الكلام في أيام الرجوع ، فنبدأ **بالمرتبة الثالثة** ، ونقول : أيام الرجوع في السفرة التي لا تودّع فيها كأيام الذهاب ، وأيام الرجوع من

---

(١) في الأصل : أقام .
(٢) في الأصل : « بالإخراج » .
(٣) في الأصل : وإن .
(٤) في الأصل : « فإنا نامن الرخصة » .
(٥) في الأصل : منتهىٰ .
(٦) في الأصل : لمرحلتين .
(٧) كذا . ولعلها في القصر .

السفرة المبنية علىٰ قصد النقلة علىٰ وجهين ، والأصح فيها : القطع بوجوب القضاء ؛ فإنه لم يجر إقراع له حكمٌ في ابتداء الأمر ، ولست أرىٰ لنفي القضاء وجهاً ، ولـٰكنه مشهور .

فأما أيام الرجوع من المقصد الذي أجرىٰ فيه قصدَ الإقامة لا قصدَ الاستيطان ، ففيه وجهان : **أصحهما** ـ أنَّا لا نقضي ؛ فإنَّ السفرة جائزة بسبب القرعة ، وإذا اطَّرد الجواز ؛ فلا يُستثنىٰ من سقوط القضاء إلاَّ أيام التودع .

٨٦٦٤ـ ومما يعترض في الباب أنَّ المسافر إذا قصد بقعة ولم يُزمع الإقامة في مدة ، ولـٰكن ربط أمره بانتجاز حاجة ، فالقول في أنه هل يترخص إذا زادت إقامتُه علىٰ مدة المسافرين مذكور في الصلاة .

فإن أدمنا الرُّخَصَ ، فالأيام غير مقضية ، وإن أسقطناها وألحقناه بالمقيم ؛ فالقول فيه كالقول في إبرام العزم على الإقامة أربعة أيام ، فإن قيل : لا تودّع بمن يبرم عزمه [على الرحيل بانتجاز حاجته](١) ، قلنا : أُلحق هـٰذا الشخص بالمتودّع [بدليل](٢) سقوط الرخص .

٨٦٦٥ـ ومما يجري ركناً في الباب أنه لو خرج بواحدة من غير قرعة ، فإذا آب ، قضىٰ للمخلفات إجماعاً ، وينضم إلىٰ وجوب القضاء عصيانُه بالخروج بالتي اختارها ؛ فإنه أظهر الميل إليها ، فاقتضىٰ ذلك تعصيتَه وإلزامَه بالقضاء ، فلا نظر ـ مع ما ذكرناه ـ إلىٰ مقاساتها المشقة .

٨٦٦٦ـ ولم يختلف العلماء في أنه إذا أقام عند واحدة من نسائه في الحضر ليمرضها ، فهـٰذه الأيام مقضيةٌ للأخريات ، فإن ماتت المريضة ، خرجت من البين(٣) ، ولم يظهر أثرُ وجوبِ القضاء في حق الباقيات ، فالوجه أنْ نقدر كأنَّ التي

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : بالمتودّع به ليل سقوط الرخص .

(٣) البيْن : هـٰذه من ألفاظ إمام الحرمين التي رأيناها في البرهان وغيره ، ثم ترددت هنا كثيراً ، ومعناها واضح من السياق ، وإن لم نجدها منصوصة في المعاجم بهـٰذا المعنىٰ .

ماتت لم تكن . وإن استبلّت وبرئت ، قضىٰ تلك الأيام [للباقيات][١] ؛ فإنَّ قيامه بتمريضها يقع [محضاً][٢] لها ، وليس كذلك الخروج ببعضهن سفراً ؛ فإنها وإن حظيت من وجه ، شقيت من وجه .

ثم لا يجوز للرجل أن يقوم بالتمريض ويقطع النُّوبَ إلاَّ عند حاجة . وقد رأيت في هـٰذا تردداً للأئمة ، فالذي ظهر من كلام المعظم أنَّا نشترط أن يكون المرض مخوفاً ، وأشار مشيرون إلىٰ أنَّ الحاجة الحاقّة كافية ، حتىٰ إذا عظمت الآلام ـ وإن لم تبلغ مبلغ الإخافة [ولم][٣] تجد ممرضاً ـ فللزوج أن يقوم بتمريضها .

وإذا كان المرض مخوفاً ، ووجدت المرأةُ من يقوم بتمريضها ففي جواز قيام الزوج بتمريضها تردد .

ي ١٩٨ وحاصل المذهب أنَّ المرض إذا اشتدَّ ألمُه ، [ولم تجد][٤] المرأة غيرَ الزوج/ ، فللزوج تركُ النوب لتمريضها ، [وإن وجدت][٥] غيرَه ، فعلى التردد .

وللزوج القيام بتمريضها في المرض المخوف إذا لم تجد من يقوم مقامه ، فإن وجدت ، فعلى التردد .

وقد نجز مضمون الباب تأصيلاً وتفصيلاً ، ونحن نذكر علىٰ إثر ذلك فروعاً مرتّبة المآخذ . .

فَرْعٌ : ٨٦٦٧ـ إذا سافر بواحدة بالقرعة ـ حيث يسقط القضاء ـ فلو تزوج بجديدة في خلال الطريق ، فإنه يخصها بحق العقد ثلاثاً أو سبعاً ، ثم يَقْسِمُ بينها وبين التي سافر بها ، فلو أراد أن يخلّف إحداهما ببلد ، لم يجز إلا بالقرعة ، وإذا فعل ذلك بالقرعة ، فالتفصيل علىٰ ما قدمناه .

---

(١) في الأصل : الباقيات .
(٢) في الأصل : محض .
(٣) في الأصل : إذ لم .
(٤) في الأصل : ووجدت .
(٥) في الأصل : وإن لم تجد .

ولو خرج بامرأتين بالقرعة ، جاز ، فلو بدا له أن يخلِّف إحداهما ببلد ، لم يجز إلاّ بالقرعة .

ولو ظلم إحداهما في الطريق لصاحبتها ، قضاها في الطريق ، فإن لم يتفق القضاء حتىٰ رجع ، قضىٰ للمظلومة من حق [التي][1] ظلمها بها دون حق صاحبتها المتخلفتين .

ولو خرج منفرداً ، ثم تزوج في الطريق ، لم يلزمه أن يقضي للمخلَّفات [كل الأيام][2] التي صحب فيها المُتَزَوَّجَةَ في السفر ؛ لأنه خرج ولا حقَّ لهن ، ثم تزوج في السفر ، ولا يتصور عليه القَسْم بينهن ، وإنما يجب الإقراع في اللواتي يجتمعن تحته حالة السفر ، فإذا كان الإقراع يُسقط حق المتخلفات ، فابتداء [الزواج][3] بذلك أولىٰ .

فَرْعٌ : ٨٦٦٨ـ إذا كان تحته زوجتان ، فنكح جديدتين ، فقد ثبت لهما حق العقد ، فلو أراد سفراً وأقرع ، فخرجت القرعة علىٰ إحدى الجديدتين ، فإذا سافر [بها][4] ، فلا شك أن أيامها تندرج تحت صحبة السفر ، إذا كان يصحبها .

فإذا عاد ، فهل يلزمه أن يوفي الجديدةَ الأخرىٰ حقَّ العقد ـ إذا لم يكن وفاها من قبل ؟ والمسألة فيه إذا زُفَّت إليه ، فلم يُقم عندها ؟ اختلف **أصحابنا** في المسألة فيما نقله **العراقيون** ، فمنهم من قال : لا يوفيها حق العقد ؛ فإنَّ أيام حق العقد قد انقضت في سفره ، كما انقضت نُوبُ القديمتين ، ثم لا يجب قضاءُ نوب القديمتين ، فلا يجب تدارك حق العقد .

ومن **أئمتنا** من قال : يجب أن يوفيها حقَّ العقد ، ولا يقاس حقُّ العقد في ذلك بالقَسْم ، وهـٰذا اختيار **أبي إسحاق المروزي** ؛ والسبب فيه أن معنى التوحش قائم ، وحق القَسْم قد يسقط بأسباب ، وهو يجب شيئاً شيئاً ، فإذا كان الرجل مسافراً علىٰ

---

(١) في الأصل : الذي .
(٢) في الأصل : بكل للأيام .
(٣) في الأصل : الزوج .
(٤) زيادة من المحقق .

شرط الشرع ، فلا يجب للمخلَّفات حقُّ القَسْم . وحق العقد يجب دفعةً واحدة ، لا علىٰ قياس القسم ؛ فإنَّ القسم [للتسوية][1] ، وحق العقد حق مستَحقٌّ في الذمة ، فلا بد من الوفاء به .

وعندنا أنَّ ما ذكروه في المزفوفة . فأمَّا التي لم يزفها بعدُ إذا أدخلها في القرعة ، ولم تخرج القرعة عليها ، فإذا عاد وزفها ؛ فيجب القطع بأن حقها ـ والحالة هـٰذه ـ قائم .

ش١٩٨ ولو نكح جديدةً وزفها علىٰ قديمة ، وخرج مسافراً ، ولم يستصحب/ واحدة منهما ، فإذا عاد ، فالذي أراه أنه يلزمه أن يوفي المزفوفةَ حق العقد هاهنا ، فإن مضت أيام في السفر غيرُ محسوبة عليه ، وفي المسألة احتمال علىٰ حال ، والعلم عند الله تعالىٰ .

* * *

(١) في الأصل : التسوية .

باب
نشوز المرأة على الرجل

٨٦٦٩ـ للمطيعة المنقادة النفقةُ والقَسْمُ علىٰ زوجها . والناشزة هي الممتنعة من التمكين ، والأصل في الباب قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ ﴾ [النساء : ٣٤] . وقد ذكر **الشافعي** [للآية][١] **تأويلين** : **أحدهما** ـ أنَّ هـٰذه الخصال مرتبة علىٰ أحوالٍ تصدر منها ، فإن خاف الزوج نشوزَها ، ولم يبدُ بعدُ عينُ النشوز ، بل بدت أماراته ، [فيعظها][٢] حينئذٍ .

فإن لم تتعظ وأبدت النشوز ، هجرها في المضجع ، فإن أصرت وتمادت ولم تحتفل بالهجر في المضجع ، ضَرَبَها ، واقتصد ، عالماً بأنه لو أفضى الضربُ إلى الهلاك ، أو إلىٰ فساد عضو ، ضمن .

وقد يرد لفظُ الجمع والمراد به ذكْرُ المراتب ، والتخييرُ فيها علىٰ حسب وقوعها ، قال الله تعالىٰ في آية المحاربة : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِ ﴾ [المائدة : ٣٣] ، فاللفظ للتخيير ، والمراد به الترتيب علىٰ قدر الجرائم ، هـٰذا أحد التأويلين .

والثاني ـ أن [يحصر][٣] معنى الآية فيما بعد وقوع النشوز ، وعند ذلك يجمع بين الوعظ والهجر والضرب ، فإذا أمكن حمل هـٰذه الخصال على الجمع ـ وظاهر الصيغة مُشعرٌ بالجمع ـ ، فالأولىٰ أن يحمل علىٰ ذلك ، فعلىٰ هـٰذا معنىٰ قوله : تخافون ، أي : تعلمون النشوز . وقد يرد الخوف والمراد به العلم .

---

(١) في الأصل : الأئمة .
(٢) في الأصل : فيعظلها .
(٣) في الأصل : يحضر .

٨٦٧٠ـ واختلفت الأخبارُ في ضرب النساء ، فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **لا تضربوا إماء الله** »[١] **فجاء عمر وقال : « يا رسول الله [ذَئِر]**[٢] **النساء أي [نشزن]**[٣] **واجترأن ، فأذِن في ضربهن ، فبسط الرجال أيديهم إلىٰ** ضرب النساء ، **وجاوزوا الحد ، فأطاف بآل محمد أي : بحُجَرِ نسائه وأهل بيته صلى الله عليه وسلم نساءٌ كثيرات كلهن يشتكين أزواجهن ، فخرج صلى الله عليه وسلم وقال : لقد أطافَ الليلة بآل محمد سبعون امرأة كلُّهن يشتكين أزواجهن!! خيارُكم خيارُكم لنسائكم ، لا يضربن أحدُكم ظعينتَهُ ضربه أَمَته** »[٤] .

ثم تكلم الشافعي في ترتيب الكتاب والسنة ، فذكر **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يحتمل أن تكون الآية وردت بإباحة الضرب ، ثم نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عنه تنزيهاً ، ثم لمَّا استطالت النسوة [بأذاهن][٥] على الأزواج أذنَ في ضربهن ، فلما بالغوا ، قال آخراً : خياركم خياركم لنسائكم ، واستحث على الصبر علىٰ أذاهن والإعراض عن مجازاتهن علىٰ شكاسة الأخلاق وشراستهن ، وهـٰذا [العمري][٦] هو الأصل .

---

(١) حديث « لا تضربوا إماء الله » رواه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في ضرب النساء ، ح ٢١٤٦ ، والنسائي كتاب عشرة النساء ، باب ضرب الرجل زوجته ، ح ٩١٦٧ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب ضرب النساء ، ح ١٩٨٥ ، والحاكم : ٢/ ١٨٨ ، ١٩١ ، والبيهقي : ٧/ ٣٠٤ ، (وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ٤١٣) .

(٢) في الأصل : دَبُرَ . بهـٰذا الرسم وهـٰذا الضبط .
وذئر النساء : من قولهم : ذئر يذأر ذأراً : أنف وغضب ، واستعد للمواثبة ، فذئر النساء : أي نشزن علىٰ أزواجهن ، وذئرت المرأة علىٰ بعلها : نشزت ، فهي ذئر وذائر (المعجم) .

(٣) في الأصل : خسرن . وأرها محرفة عن (نشزن) .

(٤) هـٰذا الحديث مع ما قبله : « لا تضربوا إماء الله » أخرجه البيهقي علىٰ نحو سياقة إمام الحرمين تماماً إلا بعض ألفاظ ، وفي آخره قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « وايم الله لا تجدون أولـٰئك خياركم » مكان رواية الإمام : « خياركم خياركم لنسائكم ، لا يضربن أحدكم ظعينته ضربه أمته » (ر . السنن الكبرىٰ للبيهقي : ٧/ ٣٠٤) .

(٥) في الأصل : « بذلتهن » ، والمثبت اختيار منا علىٰ ضوء السياق ، ويساعدنا علىٰ هـٰذا الاختيار ورود الكلمة بعد ذلك بسطور .

(٦) غير مقروءة في الأصل .

٨٦٧١ـ / فإذا تبيَّن أصل الباب ، فَسِرُّه وأهمُّ ما فيه : تصوير النشوز ، ونحن نذكر ١٩٩ ي فيه ما يشفي الغليل ـ إن شاء الله عز وجل ـ ، ثم نذكر طرفاً من الكلام في ضربهن ، ثم نذكر حكم النشوز .

٨٦٧٢ـ فنقول أولاً : لسنا نشترط في النشوز أن تمتنع المرأةُ امتناعاً لايدخل في إمكان الزوج ردُّها إلى الطاعة قهراً ، بل إذا نشزت وتمكن الزوج من ردها ، فهي ناشزة ، هـٰذا طرف أطلقناه ، ويعارضه أنها لو كانت تمتنع امتناعاً يمكن عده من فنون التدلل والمجاذبة لتكون أشهىٰ ، فليس هـٰذا من النشوز ، وليس من شرط طاعتها المبادرةُ التي تُخرج من [خَفَر][1] الحياء إلىٰ تشوُّف التوقان ، فما المعتبر إذن في تصوير النشوز ؟

فنقول : إن خرجت عن مسكنه ، فهي ناشزة علىٰ تحقيق ، وإن استمكن من ردها . وإن كانت معه ، ولـٰكن كانت تمتنع على الزوج امتناعاً يحوجه إلىٰ تأديبها ، فقد يتعرض الرجل بسبب امتناعها لضررٍ ؛ بسبب تخلف قضاء النَّهْمة والشهوة ، فهـٰذا نشوز ؛ فإنَّ النشوز ضدُّ الطاعة .

والطاعة معلومة في المنقادة علىٰ حسب العادة ، وقد تختلف بالبكارة والثيابة ، وعلو المنصب ، والتوسط في الدرجة ، وهـٰذا علىٰ تصوير لزوم المرأة أُبهة الحياء ، والامتناع هو الذي يلحق إضراراً بالرجل بسبب تأخر الحاجة ، أو يحوجه إلىٰ أن ينتصب مؤدِّباً ، والنكاح للإيناس والاستئناس ، والذي يحقق ذلك : أن الطاعة تمكينٌ منها ، وهي تستفيد به تقرير حقها ، فإذا احتاج الزوج في تحصيله إلىٰ تضرر أو مقاساة [كُلفة][2] ، فله أن يتركها حتىٰ يضيع حقها .

٨٦٧٣ـ والترتيب في ذلك أنها إذا خرجت من مسكن النكاح ، فهي ناشزة كيف فرض الأمر ، وإن لم تخرج وعُدّت مطيعةً ، والزوج لا يحتاج في تحصيل الغرض منها إلىٰ مقاساة كلفة ، أو تعرض لضرر أو إقدام علىٰ ضرب ؛ فهي مطيعة . وإن كان

---

(١) في الأصل : خفة .
(٢) في الأصل : كلفته .

يحتاج إلىٰ كُلفة أو ضرب أو تعرض لضرر ، فهي ناشز .

ولو كانت تمكن من الوقاع ، وتمنع مما عداه من جهات الاستمتاع ، فكيف السبيل وهي ممكِّنةٌ من المقصود ؟ فهـٰذا نوع من النشوز ، وأقرب أصلٍ إلىٰ ذلك ما ذكرناه في الأَمَة ، إذا كان السيد يسلمها ليلاً ولا يسلمها نهاراً ، فذاك أولاً سائغ للسيد . ثم في وجوب النفقة خلاف ، وما ذكرناه في الحرة غير سائغٍ لها ، وهي مُمكَّنةٌ[1] من المقصود ، ففي استقرار النفقة تردد ، ولـٰكنها مجبرة علىٰ ما يحاوله الزوج منها إذا كان لا يكلفها ما لا يسوغ .

فهـٰذا قولنا في تصوير النشوز .

ش ١٩٩ ٨٦٧٤ـ وليس من النشوز أن تبذو[2] علىٰ زوجها ، وتستطيل/ عليه سبّاً وشتماً ، فإنها إذا كانت تُمكِّن مع ذلك ، فالتمكين [جارٍ][3] ولا نشوز ، وهي ممنوعة عن المسابّة مزجورة عنه ، وإنْ أفضى الأمر إلى التعزير عُزِّرت ، وفيه فضل نظر أذكره في فصل الضرب .

٨٦٧٥ـ فأما القول في الضرب ؛ فالأولىٰ ألاّ يضرب ، وليس كالولي في حق الطفل [العرِم][4] ، فإنّا نؤثر له أن يؤدبه ، والفرق أنَّ الولي يؤدبه لاستصلاحه ، والزوج يؤدب زوجته لتصلح له ، والضرب ليس فيه توقيف ، والجبلاَّت تختلف باختلاف الأحوال في احتمال الضرب ، فالأولىٰ ألاّ يتعرض للضرب المفضي إلى الغرر لحظّ نفسه [ففيه][5] الحيدُ عن الصفح وحُسن المعاشرة .

---

(١) ممكَّنة : بفتح الكاف هنا ، والمعنىٰ أنّ الحرة ليس لديها مانع يسوّغ لها عدم تمكين الزوج من أي جهة من جهات الاستمتاع ، بخلاف الأمة لا يسلمها السيد إلا ليلاً .
(٢) تبذو عليه : من قولهم : بذُو بذاءً وبذاءة ، وبذَوْتُ عليهم وأبذيتهم ، من البذاء وهو الكلام القبيح . (القاموس المحيط) .
(٣) في الأصل : جازٍ (بالزاي) .
(٤) العرم : من قولك عَرَم فلان يعرُم عَرْماً : اشتدّ وخبث ، وكان شريراً (المعجم) .
(٥) في الأصل : فيه .

وإذا أراد الضربَ ، ففي وقته تردد ، ذكر العراقيون وجهين في أنَّ الزوج هل يُبادر الضرب بأول نشوز ، أم لا يجوز له الضرب حتىٰ يستمر أو يتكرر منها النشوز ؟ [وتلقَّوْا][١] ما حكَوْه من الاختلاف عن ظاهر القرآن ؛ فإنَّه عز من قائل قدم ذكرَ الوعظ ، ثم عقّبه بالهجر ، ثم اختتم بالضرب ، فنبّه سياقُ الخطاب علىٰ رعاية تدريج ، ثم ظاهر كلامهم ـ [في][٢] هـٰذا إذا نصروا المنع من الهجوم على الضرب ـ يشير إلىٰ أنَّ الضرب يقع في الثالثة ، [فإنهم][٣] لما نصروا الوجه الثاني رأَوْا هـٰذه الخصال مجموعة كما[٤] ظهر النشوز .

٨٦٧٦ـ وتحقيقُ القول في هـٰذا يعطف الفقيه على النظر في حال من يقصد الإنسان في بدنه أو ماله ، فإنَّ الدفْعَ يقع على التدريج ، علىٰ ما سيأتي مشروحاً ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ حتىٰ إذا كان الدفع ممكناً بتهييبٍ وزجرٍ في المنطق ، لم يجُز الانتهاء إلى الفعل ، ثم الأفعال تترتب علىٰ أقدار الحاجة ، والقول في ذلك متيسرٌ سنضبطه في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

ويجوز أن يقول القائل : المنع من النشوز يجري علىٰ ترتيبِ دفع الصائل في رعاية التدريج ، [ونهايته][٥] في أنَّ الصائل لا يُدْفع إلا بما يأتي عليه ، فيجوز دفعه إلىٰ ما يُفضي إلىٰ هلاكه ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق هاهنا ، فإنَّ [للتأديب][٦] موقفاً من طريق التقريب ، لا يُتعدّىٰ ، كما سنصفه ، إن شاء الله تعالىٰ .

ويجوز أن يقال : ليس ضربُ الناشزة في معنى الدفع ، وإنما هو في معنىٰ إصلاحها في مستقبل الزمان . وإذا كانت تنزجر في كل نوبة من النشوز ، نقول : فقد تعتاد ذلك ؛ فلا يمتنع أن يقال : إذا نشزت وظن الزوج أنَّ الوعظ يصلحها والهجرَ ،

---

(١) في الأصل : وتلقَّوه .
(٢) في الأصل : وفي .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) كما : بمعنىٰ عندما .
(٥) في الأصل : « وساىه » . هـٰكذا بدون نقط (انظر صورتها) .
(٦) في الأصل : التأديب .

فيقتصر . وإن ظن أنها ستمرن[١] وسيفسد حقه منها ، فيضربها لتصلح له في المستقبل ، وهـٰذا هو الحق لا غير ، وعليه يجري تأديب الأب ابنه ، غيرَ أن الأب يصلحه له ، والزوج/ يصلحها لنفسه . ي ٢٠٠

٨٦٧٧ـ ثم المتبع في ذلك الظن ، فإن ظهر للزوج سوء خلقها بنشوزٍ واحدٍ ، ضربها ، وإن قدر النشوز الواحد نادرة ، لم يضربها ، ويختلف هـٰذا باختلاف الأحوال والأشخاص ، ولا نطلب في ذلك يقيناً ، ولا يجوز الإقدام على الضرب من غير ظن في أنَّ الاستصلاح يحصل به .

وإنْ أبت المرأةُ وتمادت ؛ وكانت لا تنكفّ [إلا][٢] بالضرب المبرِّح ، فليس للزوج أن يبرِّح بها ، وينتهي إلىٰ حالة توقع الخوفَ عليها ؛ فإنَّ الغرض إصلاحُها ، فإذا ظن أنها لا تصلح فَضَرَبَها ، كان ذلك [حَنَقاً][٣] وشفاءَ غليل ، وهو غير مسوّغ ، هـٰذا هو السر المتبع ، ولو أفضى الضرب إلى الهلاك ، وجب الضمان ، وإنْ أفضىٰ إلىٰ نقيصةٍ ثبتت لمثلها حكومة ، فعلى الزوج أن يضمنه .

وإن جرَّ الضرب شيئاً ، ثم زال نوجب على الجاني[٤] في مثل ذلك شيئاً علىٰ وجهٍ بعيد ، والوجه هاهنا : القطع بأنه لا يجب على الزوج شيء .

فإن قيل ضرب الزوج إذا أفضىٰ إلىٰ نقيصة ، فالبعض من هـٰذا لو اقتصر عليه ، لما كان موجِباً ضماناً ، فهلاَّ جعلتم النقيصة بمثابة أثر يترتب علىٰ مستحِق وغير مستحِق ؟ قلنا : إذا جاوزَ الزوجُ الحد ، أَخرجَ بآخر فِعْلِه أوّلَه عن كونه إصلاحاً ، فصار جميع ما صدر منه جناية ، وسنصف هـٰذا في أبواب التعزيرات من كتاب الحدود ، إن شاء الله عز وجل .

---

(١) ستمرن : أي ستعتاد النشوز ، من قولهم : مَرَنَ وجهه على الأمر : تعوّد تناوله بدون حياء أو خجل . (معجم) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : حقاً .

(٤) على الجاني : أي في الجنايات ، غير ضرب الزوج كما هو واضح .

٨٦٧٨ـ ومما أطلقه **الأئمة** ونطق به القرآن الهجرُ ، وكان **شيخي** يهجرها في المضجع ، ولا يترك [مناطقَتَها][1] وراء ثلاث ليال ؛ فإنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن ذلك .

وهـٰذا فيه نظر عندنا ؛ فلو رأى استصلاحها في مهاجرتها في المنطق ، فلست أرىٰ ذلك ممنوعاً ، وهو أهون من الضرب . والذي نهىٰ عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما هو تَهَاجُر الأخوين من غير سبب يقتضيه في الشرع .

هـٰذا بيان الهجر والضرب .

٨٦٧٩ـ [ويتصل][2] به أنها إذا كانت تؤذيه في المنطق ولا تمتنع عليه ، فهل له أن يؤذيها ، أو يرفعها إلى السلطان ؟ فيه ترددٌ بين **الأصحاب** ، قال قائلون : هي فيما تأتي به وراء التمكين من موجبات التعزير ، كالأجنبية ، كما أنها في منعها حق الزوج من مال أو غيره مما يتعلق بحقوق الزوجية كالأجنبية .

وقال قائلون : يؤذيها الزوج على استطالتها ، وبذاءة لسانها ؛ فإنها وإن كانت ممكِّنةً مع ذلك ، فهـٰذا ينكِّد المعاشرة ، ويكدّر الاستمتاع ، ولسنا ننكر تعلقه بما يوجب استصلاحَ الزوجة في الحقوق الخاصة في النكاح .

فأما الحكم في سقوط النفقة/ ، ففيه[3] تفاصيل تتعلق بكتاب النفقات . ٢٠١ ش

❊ ❊ ❊

---

(١) في الأصل : مناطقها .

(٢) في الأصل : ويبطل .

(٣) هنا خلل في ترتيب صفحات الأصل . ولذا انتقلنا إلىٰ ص٢٠١ شمال ، بدلاً من ٢٠٠ شمال .

باب
الحكمين في الشقاق بين الزوجين

٨٦٨٠ـ الأحوال الدائرة في هـٰذه الفنون بين الزوجين تنقسم **ثلاثة أقسام** :

أحدها ـ أن يصدر العدوان من الرجل في إيذائها والإضرار بها ، فإذا تحقق ذلك منه ، منعناه من الإضرار ، واستوفينا منه ما يمتنع عنه من الحقوق ، وإن كان جسوراً لم نأمن أن يضربها ضرباً مبرِّحاً ، وقد يفضي ذلك إلىٰ هلاكها ، فنحول بينها وبينه ؛ فإنَّا إنْ ضربناه لضَرْبه إياها تعزيراً ، فقد يضم لذلك [حنقاً][1] ويبلغ منها مبلغاً لا يستدرك .

ثم إذا استشعر الوالي ذلك وضَربَ الحيلولة ، لم يردّها إليه حتىٰ تلين عريكتُه ، وتظهر عاطفته ، وذلك لا يتبين بقوله ، وإنما يتضح بأن يُختبرَ ويوكلَ به في السر من يبحث عن مكنون ضميره فيها ، فإذا غلب على الظن أنه مأمون في حقها رُدَّت إليه ، وهـٰذا يُضاهي البحثَ عن الإعسار وغيره من الأمور الباطنة المتعلقة بالنفي ، ويتصل به استبراؤنا الفاسقَ إذا تاب .

وإن لم يتحقق إيذاؤه إياها ، بل ظننا ذلك ظناً ، فالوجه أن يأمر الحاكم من يراقبهما في السر والعلن ، ولا يشترط أن يتحقق ذلك ، ولا يضرب القاضي حيلولة بينهما بمجرد الظن إذا لم تبدر منه بادرة ، فإذا بدرت ، فقد يديم الحيلولة إلىٰ ظهور الظن بالأمر ، وإذا تحققنا الإضرار بها ، فليس إلاَّ الحيلولة ، فأما إلزام الطلاق ، فلا .

٨٦٨١ـ وإن تحقق العدوان منها ، فهو النشوز ، وقد مضىٰ فيه باب ، وإن توهمنا نشوزاً ، فلا يدَ للقاضي ، ويدُ الزوجِ متسلطة عليها ، فإن بلغ الأمرُ مبلغاً يُعجز الزوجَ ، استعان بالسلطان .

---

(١) في الأصل : حقاً .

٨٦٨٢ـ وإن نشبت خصومة بين الزوجين ، وأشكل الأمر ، فلم ندر من[1] الظالم منهما ؟ وكان الزوج لا يصفح ، والمرأة لا تفتدي ، واشتبه حال الزوجين ، فهٰذا موضع بعثة الحكمين ، فيبعث الإمامُ حكمين عدلين حَكَماً من أهله ، وحَكَماً من أهلها ، حتىٰ يخلوَ كل واحد من الحَكَمين بصاحبه ، فيستطلعَ رأيه ، ويعرفَ مكنونَ غرضه ، ورغبته في صاحبه أو عنه ، ثم [يلتقيان][2] ، ويُثبتُ كلٌّ واحد ما عنده ؛ وإنما استحببنا أن يكونا من الأهلين ؛ لأن انبساطهم أكثر ، واطلاعهم علىٰ حقائق الأمور أمكن .

فهٰذا تصوير بعثة الحكمين .

والأصل في الباب نص الكتاب لقوله تعالىٰ : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ ﴾ [النساء : ٣٥] [وفي الآية][3] وجهان من التأويل . قيل : معناه إن [يُرد][4] الزوجان إصلاحاً ، يوفق الله بينهما .

وقيل : معناه إن يُرد الحكمان إصلاحاً وجرَّدا قصدَهما في ذلك يوفق الله بين[5]/ الزوجين ببركةِ قصدِهما . وهٰذا ما فهمه عمرُ من الآية[6] ، فروي أنه بعث حكمين فرجعا ، وقالا : لم يتم الأمر بينهما ، فَعَلاَهُمَا بالدِّرةِ وقال : « الله أصدقُ منكما ، لو أردتما إصلاحاً ، لوفَّق الله » ، فرجعا واعتقدا إصلاحاً ، فلما بلغا مكانهما ، كانا قد أغلقا الباب [وتلاوما][7] واصطلحا[8] .

٢٠٢ ي

٨٦٨٣ـ ثم [إن][9] اتفق التئام الحال واصطلاح الزوجين ، فذاك .

(١) في الأصل : أن .
(٢) غير مقروءة في الأصل ، لذهاب معظم حروفها ، وقدرناها علىٰ ضوء السياق .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) في الأصل : يريد .
(٥) في الأصل : يوفق الله ذلك بين الزوجين .
(٦) في الأصل : الأئمة .
(٧) مكان كلمة ذهب بها التصوير من طرف السطر .
(٨) أثر عمر رضي الله عنه لم نصل إليه .
(٩) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

وإن [رأيا][(١)] الحال بينهما [أبعد][(٢)] عن قبول الصلاح ورأيا الخصومة [ناشبة][(٣)] لا تنفصل ، وظنا أن الوجهَ التفريق [بينهما][(٤)] ، فهل ينفذ الفراق بينهما إذا رأياه ؟ **للشافعي** قولان في أن التحكيم من الولي [تولية][(٥)] أو هو توكيل من الزوجين ، **أحد القولين** ـ أنهما وكيلان لا ينفذان أمراً إلا [برضا][(٦)] الزوجين ، فالذي هو من جانب الزوج وكيله لا يطلِّق ولا يخالع ولا [يثبت أمراً بغير][(٧)] إذن الزوج ، والذي من جانب المرأة لا يختلع عن المرأة بشيء من مالها إلا بإذنها .

وهـٰذا [أحد][(٨)] القولين ، وهو اختيار **المزني** ، ووجهه أن الطلاق للرجال ، ولا يتعلق به تصرف [متبرع][(٩)] دون الزوج ، إلا في حق المولّىٰ كما سيأتي ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ . وهو في حكم [المستثنىٰ][(١٠)] المخصوص الذي لا يقاس عليه ، هـٰذا في جانب الطلاق .

أما بذل مالها من غير [إذنها][(١١)] [بطلقة][(١٢)] فعلىٰ نهاية البعد عن قاعدة القياس .

٨٦٨٤ـ ومن قال بالقول الثاني قال : للحكمين أن يفرقا [إن][(١٣)] رأيا التفريق ،

---

(١) في الأصل : رأينا .
(٢) تقدير من المحقق ، حيث ذهب التصوير بأطراف السطور .
(٣) في الأصل : ناشئة .
(٤) تقدير منا مكان كلمة ذهبت من طرف السطر .
(٥) تقدير منا مكان كلمة ذهبت .
(٦) اختيار من المحقق بدلاً من كلمة سقطت .
(٧) كذا قدرناها مكان كلمة غير مقروءة ، وأخرىٰ ذهبت من طرف السطر (انظر صورتها ، وغيرها من الكلمات التي قدرناها في هـٰذه الصفحة) .
(٨) تقدير منا مكان ما ذهب .
(٩) كذا قرأناها علىٰ ضوء ما بقي من أطراف الحروف .
(١٠) تقدير منا مكان الساقط .
(١١) تقدير منا مكان الساقط .
(١٢) في الأصل : مطلقة .
(١٣) اختيار من المحقق .

وهو الذي نصّ عليه في أحكام القرآن(١) ، واحتج بأن الله تعالىٰ سماهما [في كتابه](٢) حكمين ، والحكم هو الذي يحكم وينفذ ما يراه قهراً ، ووكيلا الزوجين لا يسميان [حكمين](٣) . فإن قيل : قيّد اللهُ تنفيذَ الأمرِ بإرادتهما ، قال : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا ﴾ [النساء : ٣٥] قلنا : إن حملناها على الحكمين ، سقط السؤال ، وإن حملنا قوله : ﴿ إِن يُرِيدَآ ﴾ على الزوجين فالمعنىٰ : إن [لاحت](٤) إرادةُ الصلاح مِن الزوجين ، وفّق الله(٥) بينهما .

وعن علي أنه بعث الحكمين بين [الزوجين](٦) وقال : « أتدريان ما عليكما ، ما عليكما إن رأيتما أنْ تُفَرِّقا أَنْ تُفرقا ، وإن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا [قالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما عليّ فيه ولي](٧) ، فقال الزوج : أمّا الطلاق فلا ، فقال عليٌّ : كذبت حتىٰ تقر [بما أقرّت به](٨) »(٩) . ووجه التعلق بقول علي : أتدريان. . .

---

(١) الذي في أحكام القرآن للشافعي يؤيد القول الأول ونص عبارته : « . . . بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ولا يبعثهما إلا مأمونين وبرضا الزوجين . **ويوكلهما الزوجان** بأن يجمعا أو يفرّقا إذا رأيا ذلك .
ثم قال : ولو قال قائل : يجبرهما السلطان على الحَكَمين كان مذهباً » (أحكام القرآن : ١/ ٢١٢ ، ٢١٣ ، والأم : ٥/ ١٠٣ ، ١٠٤) هـٰذا ولم نجد فيما رأينا من كتب المذهب من عزا الأقوال إلىٰ كتب الشافعي إلا الرافعي ، فقد عزا القولَ الثاني إلىٰ (الإملاء) وليس إلىٰ (أحكام القرآن) فلعل في الكلام سبق قلم أو وهماً . (الشرح الكبير : ٨/ ٣٩١) .

(٢) اختيار من المحقق .

(٣) تقدير منا علىٰ ضوء السياق .

(٤) تقدير منا علىٰ ضوء السياق .

(٥) في الأصل : يوفق الله **ذلك** بينهما .

(٦) تقدير منا .

(٧) هـٰذه الزيادة من نصّ رواية الشافعي في الأم .

(٨) غير مقروء في الأصل ، وأثبتناه من رواية الأم .

(٩) حديث علي بهـٰذه السياقة وبهـٰذه الألفاظ ، هو نص ما رواه الشافعي في الأم : ٥/ ١٧٧ ، إلا أن إمام الحرمين قدّم « إن رأيتما أن تفرقا. . . » علىٰ « إن رأيتما أن تجمعا. . . » ورواه أيضاً النسائي في الكبرىٰ : ح ٤٦٧٨ ، والدارقطني : ٣/ ٢٩٥ ، ح ١٨٩ ، والبيهقي : ٧/ ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، وعبد الرزاق : ٦/ ٥١٢ ، رقم : ١١٨٨٥ ، ١١٨٨٧ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ٤١٤ ح ١٧٢٣ .

الحديث ، [أنه][(١)] فوض الفراق إلىٰ [رأي الحكمين][(٢)] ولما قال الزوج : أمَّا الطلاق فلا ، رد عليٌّ عليه وقال : كذبت . فما معنىٰ تكذيبه ؟ لعله أبدىٰ في الابتداء رضاً بما يستصوبه الحكمان ، ثم رجع عنه ، [فكان][(٣)] ذلك [منه][(٤)] خُلْفاً في الوعد فورد التكذيب عليه .

وإنْ تعلَّق ناصرُ هـٰذا القول بأنَّ [الضرر][(٥)] مدفوع ، ولسنا نرىٰ للخصومة [الناشبة][(٦)] الملتبسة مدفعاً ، وترك النزاع [والشقاق][(٧)]/ [(٨)] يخالف مبنى الشرع ، فهـٰذا كلام كلي لا يتعلق به على السداد غرض جزئي في محل النزاع .

ش ٢٠٠

والذي يقتضيه القياس تقرير النكاح وضرْب الحيلولة بينهما ؛ حتىٰ لا يتنازعا . ولا معتمد لهـٰذا القول إلاَّ التمسك بظاهر القرآن والأثر .

التفريع على القولين:

٨٦٨٥ـ إن قلنا : الحكمان كالوكيلين ، فسيأتي ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ تفريعُ القول في الوكالة في الخلع والطلاق ، والقدر الذي ننجزه لإيضاح التفريع : أنَّا إذا جعلنا الحكمين في منزلة الوكيلين ، فإذا لم يجر من الزوجين توكيل ، فليس إليهما من الأمر شيء ، إلاَّ التفقد والبحث عن محل اللبس ، حتىٰ يتبين للقاضي الظالمُ منهما من المظلوم ، ثم مضىٰ حكم الإنصاف[(٩)] والانتصاف .

ولو وكَّلاَ ثم عَزَلا ، أو عزل أحدهما ، انعزل المعزول ، ولو جُنَّا أو جنَّ أحدهما ،

---

(١) في الأصل : وأنه .
(٢) تقدير منا مكان الساقط .
(٣) في الأصل : وكان .
(٤) اختيار منا مكان الساقط .
(٥) اختيار منا مكان الساقط .
(٦) في الأصل : الناشئة .
(٧) تقدير منا .
(٨) هنا خلل في ترتيب صفحات الأصل . ولذا سننتقل إلىٰ ص ٢٠٠ ش .
(٩) في الأصل : حكم في الإنصاف والانتصاف .

فمن جُنَّ ارتفع التوكيل في حقه ، وإذا أفاق عن الجنون ، فالتوكيل زائل ، فإن أراد أن ينفذ أمراً ، فليبتدىء توكيلاً .

٨٦٨٦ـ وإن فرَّعنا على القول الثاني ، وجعلنا ابتعاث السلطان تحكيماً ، فلهما أن ينفذا ما يريان الصلاحَ فيه ، فإنْ رأيا الطلاقَ ، طلَّقَا على السخط من الزوج .

وذكر **الأئمة** أنهما يختلعان المرأةَ بشيء من مالها ، وإنْ لم ترض . وهٰذا متفق عليه في التفريع علىٰ هٰذا القول .

فإن أنكر مُنكر بذلَ مالٍ مطلقة في الافتداء بغير إذنها ، فهو كتطليق زوجة إنسان من غير إذنه ، والأموال قد تدخل تحت الحجر ، والطلاق لا يدخل تحت الحجر ، فإذا احتكم الحَكَمُ في الطلاق ، لم يبعد فرض الاحتكام علىٰ مال الزوجة في طلب الصلاح .

٨٦٨٧ـ ثم نتكلم وراء هٰذا في أمور مهمة بها تمام البيان ، فنقول أولاً : نصُّ القرآن مشعر ببعثه الحكمين ، وهٰذا فيه تأمل على الطالب ، فإنَّا إن اعتقدنا التحكيم [منهما في مرتبة][1] الولاية ، فالعدد يبعد اشتراطه في الوالي ، وإن نزّلناهما منزلة الوكيلين ، فالعدد ليس بشرط أيضاً ، وسنذكر في وكالة الخلع ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ أنَّ الشخصَ الواحدَ يجوز أن يكون وكيلاً في الخلع من الجانبين علىٰ أحد الوجهين ، فإن كان يتجه رعاية العدد علىٰ قول التوكيل عند مسيس الحاجة إلى الخلع ، فيلزم من مساق هٰذا الاكتفاءُ بوكيلٍ من جانبه إذا كانت هي تختلع بنفسها .

فإذا جعلنا ذلك تحكيماً ، ففي المسألة احتمال ظاهر ، يجوز أن نتبع القرآن ولا نعقد لظاهره تأويلاً ، ونشترط حكمين ، ويجوز أنْ نحملَ العدد على الاستحباب ، بدليل اتصاله بوصفٍ ليس مشروطاً ، وهو قوله تعالىٰ : ﴿ مِّنۡ أَهۡلِهِۦ ﴾ . و﴿ مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ [النساء : ٣٥] . وهٰذا مستحَب غيرُ مستحَق إجماعاً . وقد يشهد للاكتفاء بالحاكم/ ٢٠١ ي الواحد حديثُ حبيبة[2] بنت سهل ، فإنَّ الرسول قطع النكاح بينهما بتّاً لما اطلع علىٰ

---

(١) في الأصل : فيهما ومرتبة .

(٢) حبيبة بنت سهل الأنصارية هي زوجة ثابت بن قيس التي اختلعت منه فيما يرويه أهل المدينة ، =

أمرهما ، كما سنذكر ذلك في صدر كتاب الخلع ـ إن شاء الله عز وجل ـ ، ويقوى التمسك بتلك القصة في تنفيذ الطلاق حكماً وفي [الاتحاد][1] الذي أشرنا إليه ، والله أعلم .

٨٦٨٨ـ ومما يجب النظر فيه أنَّ الحكمين ينبغي أن يكونا علىٰ عقلٍ ودراية واستقلال بالاطلاع علىٰ خفايا الأمور ، هـٰذا لا بد [منه][2] .

والعدالة لا شك مشروطة ، فلا ثقةَ بمن يخون نفسَه ودينه .

ثم لم يشترط أحدٌ من **أصحابنا** أن يكونا مجتهدين ، وكيف سبيل اشتراط ذلك ؟ وقد لا يتصدىٰ للفتوىٰ في سعةِ رقعة إقليم إلاَّ الشخص الواحد ، فكيف نرقبُ مجتهداً من أهله ومجتهداً من أهلها .

ولـٰكن لا بُدَّ أن يكونا عالمين بحكم الواقعة ، فالعقل يرشدهما إلىٰ وجه الرأي والتحويم على الأسرار والخفايا ، وحكم الواقعة تقريرٌ أو تفريقٌ علىٰ حسب الاستصواب .

وينشأ من هـٰذا أنَّ الحاكم إذا ولّىٰ حاكماً ، وكان ما يتعلق به أمورٌ خارجة عن الضبط والنهاية ، فلا بد من كون مولاّه مجتهداً ؛ فإنه بالإضافة إليه بمثابته بالإضافة إلى الإمام الأعظم ، فأمَّا إذا كان الحاكم خاصاً ، فلا يشترط الاجتهاد من المحكّم ، ويشهد له الحكمان ، وهـٰذا رمز إلىٰ مراتب الولاة ، وسنأتي فيها بالعجائب والآيات في أدب القضاء ، إن شاء الله عز وجل .

فالذي تَنَخَّلَ من مجموع ما ذكرناه القول في العدد وصفة الحَكَمَيْن .

٨٦٨٩ـ ثم قال **الأئمة** : لا يبعث الحكمين بمبادىء الشر والشقاق ، حتىٰ يظهر

= وسيأتي حديث ثابت بن قيس قريباً ، في أول الخلع . (ر . الإصابة : ترجمة حبيبة بنت سهل) .

(١) غير مقروءة في الأصل . (انظر صورتها) وهـٰذا تقدير منا .

(٢) في الأصل : فيه .

التشاتم والتواثبُ والأمورُ المستكرهةُ المنكرة ، وتنشب الخصومة علىٰ [التباسٍ][(١)] لا يُفك ولا يُدرك في ظاهر الأمر .

ثم إذا كان رأي الحكمين أن يُفَرِّقا ، فالتفريق يقف على استدعائهما ، وإن كانت هي [المعنة][(٢)] فهـٰذا ما يجب الوقوف عليه .

ثم إنْ قدرناهما وكيلين ، لم يقف نفوذ حكمهما علىٰ حضور الزوجين ، قياساً علىٰ تصرف الوكلاء . وإذا جعلناهما حَكَمين وقد اطلعا علىٰ حقيقة الحال ، فلو رأى الحكمان الطلاق ، فغاب الزوجان ، فهل ينفذ تطليقهما مع قطعهما بشكايتهما ؟ اختلف **أصحابنا** في المسألة ، فمنهم من قال : لا يشترط هـٰذا والمتبع الصواب الذي يريانه .

ومنهم من قال : لا قطع إلاَّ إذا كانا مكبين على الشكاية ، ولا يشترط أحدٌ استدعاء الطلاق والاختلاع ؛ فإن هـٰذا لو شرط ، فهو تنفيذ الفراق علىٰ حسب إذنهما ، بل يكفي قيام الشكاية .

٨٦٩٠ـ ولو تراضيا وأظهرا الوفاق ، فقال الحكمان : إنهما لا يفيئان ،/ وسيرجعان إلى التنازع الذي ألفناه منهما مراراً ، فلا تعويل علىٰ هـٰذا ، ولا سبيل إلىٰ [الفراق][(٣)] . ٢٠٢ ش

٨٦٩١ـ فالأحوال إذاً ثلاثة : **إحداها** ـ إبداء الوفاق ، فلا فراق معه . **والثانية** ـ في إدامة [التلاوم][(٤)] والتخاصم ، عند ذلك للحكمين أنْ يُطلّقا إذا رأيا .

والحالة الثالثة ـ أن [يغيبا][(٥)] بعد الشكاية أو يسكتا مع الحضور ، وفيه التردد ، والمسألة فيه إذا راجعهما الحكمان فآثرا السكوت .

---

(١) في الأصل : القياس . وهو تصحيف سخيف أرهقنا أياماً حتىٰ ألهمنا الله الصواب .
(٢) كذا بهـٰذا الرسم والنقط . ولم أعرف لها وجهاً ، مع طول البحث والمعاناة .
(٣) مكان كلمة ذهبت فيما ذهب من أطراف السطور .
(٤) مكان كلمة غير مقروءة .
(٥) في الأصل : يُعينا (بهـٰذا الرسم وهـٰذا الضبط) .

فصل

قال : « ولو استكرهها علىٰ شيء أخذه منها . . . إلىٰ آخره »(١) .

٨٦٩٢ـ هـٰذا الفصل من مسائل الخلع ، ولـٰكنه اتصل بتنازع الزوجين [بأخراه](٢) .

وصورة المسألة : أنَّ المرأةَ إذا قبلت الطلاقَ علىٰ مالٍ في ظاهرِ الحال ، ثم ادعت [علىٰ](٣) الزوج أنه يلزمه ردُّ ما أخذ منها ؛ لأنها كانت مُكرهة على الاختلاع ، والزوج [ساكت](٤) ، وأقامت بيِّنة على الإكراه ، وإنما فرضنا سكوته لغرض [يبين](٥) . قال : فالمال مردود عليها ، والطلاق يُحكم بوقوعه رجعياً ؛ لأنه لم يقر بطواعيتها .

ويمكن فرض المسألة فيه إذا كانت الدعوىٰ على الوكيل من جهة الزوج ، فأنكر الطواعية(٦) [فالزوج](٧) لا يلزمه حكم إنكار الوكيل ، وهـٰذا فيه إذا قامت بيِّنةٌ علىٰ إكراهها على الخُلع قصداً .

فأمَّا إذا لم يكرهها على الخلع ولـٰكن [كان](٨) يُسيء العشرةَ معها ، ويؤذيها بالمشاتمةِ والضرب ، فلو اختلعت وزعمت أنها كانت تبغي الخلاصَ من أذى الزوج ، فلا يكون هـٰذا إكراهاً ، وإن كان ما يجريه الزوج من الضرب لو خوَّف المرأةَ به ، لكانت مُكرهةً ، وهـٰذا بيِّن . وستأتي حقيقة هـٰذه المسألة في كتاب الخلع ، إن شاء الله عز وجل(٩) .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٥٠ .

(٢) كذا قدرناها علىٰ ضوء ما بقي من أطراف الحروف .

(٣) تقدير منا علىٰ ضوء السياق ، وما بقي من أطراف الحروف .

(٤) تقدير منا علىٰ ضوء السياق ، وما بقي من أطراف الحروف .

(٥) في الأصل : تبين .

(٦) عبارة الأصل : فأنكر واذكر الطواعية .

(٧) تقدير من المحقق .

(٨) زيادة اقتضاها السياق .

(٩) انتهىٰ هنا الجزء العاشر ، الذي اعتمدناه هنا أصلاً (نسخة وحيدة) من أول (باب الاختلاف في =

. . . .

* * *

= إمساك الأواخر) وجاء في خاتمة هـٰذا الجزء ما نصه :

تم الجزء العاشر من نهاية المطلب في دراية المذهب . يتلوه الجزء الذي يليه ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ كتاب الخلع . والحمد لله أولاً وآخراً وصلى الله علىٰ سيدنا محمد نبيه وآله وصحبه وسلم تسليماً .

فرغ من نسخه عبد الصمد بن مرتضى بن رحمة بن رفاعة الكندي بتاريخ العشر الأول من شعبان المكرم سنة اثنتين وعشرين وستمائة .



كتاب الخلع[1]

٨٦٩٣ـ الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع .

فأما الكتاب ، فقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] .

فأباح الله تعالى الافتداء ، ورَفَع الجُناحَ في أخذ المال عنه ، ورفع الجُناح عنها في البذل ، إذا استشعرا هَيْجَ الفتنة وقيام النزاع .

والأصل في الكتاب من جهة السنة ؛ حديثُ حبيبةَ بنتِ سهل زوجةِ ثابتِ بن قيس بن شماس ، وهو ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم **خرج ذات يوم لصلاة الصبح ، فرأىٰ حبيبةَ علىٰ باب الحجرة ، فقال : من هـٰذه ؟ فقالت حبيبة : لا أنا ولا ثابت .**

واختلف في معنىٰ قولها ، فقيل : معناه : لا كنت ولا كان ثابت ؛ إذ كنا سببَ شغل قلب رسول الله . وقيل معناه : لا أوافقه ولا يوافقني .

فلما دخل ثابت المسجد ، قال له صلى الله عليه وسلم : « **هـٰذه حبيبة تذكر ما شاء الله أن تذكر** » . فقالت حبيبة : « كل ما أعطانيه عندي » . **فقال** رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **خذ منها** »[2] . فجلست في بيت أهلها إلىٰ أن خالعها ، وأخذ المال منها ، وجلست تعتد في بيت أهلها[3] .

---

(١) من هنا بدأ العمل علىٰ نسخة ت٢ في جزئها الخامس والعشرين ، وهي وحيدة أيضاً حيث انتهى الجزء العاشر من نسخة ت٣ ، والله وحده المعين ، والهادي إلى الصواب .

(٢) حديث ثابت بن قيس رواه البخاري : كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، ح : ٥٢٧٣ ، ورواه أبو داود : كتاب الطلاق ، بابٌ في الخلع ، ح ٢٢٢٩ ، (وانظر التلخيص : ٣/ ٤١٥ ح ١٧٢٤) .

(٣) هـٰذه عبارات الشافعي بنصها في المختصر : ٤/ ٥٠ ، ٥١ .

والإجماع منعقد علىٰ أصل الخلع . وليس في حديث حبيبة رضا ثابت بالطلاق ، ولا/ جريانٌ بلفظ المخالعة ، ولا محملَ لقصة حبيبة إلا ما ذكرناه في الحَكَمين . ش ٣

ثم قال الشافعي : آية الافتداء في كتاب الله تعالىٰ مقيَّدة بخوف النزاع . وهـٰذا التقييد لا مفهوم له ؛ فإنه يخرج على الغالب في العادة ؛ فإن الزوجين لا يتخالعان وكل واحد منهما راغب في صاحبه ، وقد تكرر الكلام علىٰ مثل هـٰذا في المسائل .

وهـٰذه القصة تدل علىٰ [أن][1] ما يقدمه الزوج من ضرب[2] لا يحمل على الإكراه على الخلع ، وفي هـٰذا سر يليق به ، وهو : أن ضرب الزوج إياها يرغّبها في الخلاص منه ، فتختار الاختلاع . والإكراهُ علىٰ نفس الخلع لا يحدث فيها رغبةً في الخلع ، وإنما طلب الخلع منها قهراً ، فأتت به قهراً .

فعرض المزني وبعضُ الأصحاب لكلام في أن الخلع لا يوصف بالسنة والبدعة . ولا معنىٰ [للتّسرّع][3] في ذلك ، فإنه بين أيدينا[4] ، وسنذكره مستقصىٰ في الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

فَصْلٌ

قال : « ورُوي عن ابن عباس أن الخلع ليس بطلاق . . . إلىٰ آخره »[5] .

٨٦٩٤ـ اختلف قول **الشافعي** في أن الخلع فسخُ النكاح علىٰ تراضٍ ، أو هو طلاق علىٰ مال ؟

فالمنصوص عليه في **الجديد** : أنه طلاق . وهو مذهب **أبي حنيفة**[6] واختيار **المزني** ، وهو الصحيح ، وبه الفتوىٰ .

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في قصة ثابت بن قيس أنه كان قد ضربها (راجع حديثها برواياته المختلفة) .
(٣) في الأصل : للشرع .
(٤) بين أيدينا : أي سيأتي مستقبلاً .
(٥) ر . المختصر : ٤/ ٥٤ .
(٦) ر . مختصر الطحاوي : ١٩١ ، والمبسوط : ٦/ ١٧١ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٤٦٥ ، مسألة رقم : ٩٨١ .

ونص في القديم علىٰ أن الخلع فسخٌ ، [ومذهب][1] عمر وعثمان/ وعليٍّ أن الخلع طلاق ، ومذهب ابن عباس أنه [فسخ][2] وتوجيه القولين مذكور في المسائل . ٤ ي

وأول ما نذكره ـ قبل استفتاح التفريع ـ أن من قال : « الخلع طلاق » من مذهبه أن النكاح لا يقبل الفسخ بالتراضي ، بل جريان الفسخ فيه موقوف علىٰ دفع ضرار ، وعلىٰ صفةٍ تُضادّ دوامَ النكاح . وما يكون كذلك ، فهو انفساخ ، لا يتعلق بالقصد .

٨٦٩٥ـ فإذا تمهّد هـٰذا ، عُدنا إلى التفريع على القولين : فإذا جعلنا الخلع فسخاً ، فهو صريحٌ باتفاق المفرّعين علىٰ هـٰذا القول إذا جرىٰ ذكرُ المال ، فإن تخالعا من غير ذكر المال ، فهـٰذا يتفرع علىٰ قول الفسخ ، ويتفرع علىٰ قول الطلاق .

ونحن نرىٰ أن نؤخّر تفريعه علىٰ تفريع القولين ، ثم نفرده ، ونستقصي ما فيه .

فالخلع مع [المال][3] إذاً صريح في الفسخ ، فإذا [قالا : تفاسخنا][4] علىٰ مالٍ ذكراه ، فالمذهب الأصح : أن الفسخ صريح في إفادة المقصود .

وذكر العراقيون وغيرهم وجهاً أن الفسخ يكون كناية في هـٰذا المقام ؛ لأنه لا ذكر له في الشرع ، ولا جريان له على الألسنة ، والكنايات تتميز عن الصرائح بما ذكرناه .

وظهر اختلاف أصحابنا في المفاداة مع ذكر المال علىٰ قول الفسخ . فمنهم من قال : هي صريح كالمخالعة . ومنهم من قال : إنها [كناية][5] .

ويقرب الاختلاف في هـٰذا من تردد الأصحاب في لفظ الإمساك إذا استعمل في الرجعة :

/ فمن أصحابنا من قال : إنه صريح . ٤ ش

ومنهم من قال : إنه كناية .

---

(١) في الأصل : وهو مذهب عمر وعثمان وعلي .
(٢) في الأصل : خلع .
(٣) في الأصل : الحال .
(٤) في الأصل : « قلنا لا تفاسخنا » وهو تحريف عجيب . والتصويب من المحقق .
(٥) في الأصل : كنايته .

وكذلك اختلفوا في أن لفظ [الفك][(١)] هل يكون صريحاً في العتق ؟

وإنما نشأ الاختلاف في هـٰذه المسائل عن أصل نُنبّه عليه ، وهو : أن من **أئمتنا** من نظر إلىٰ شيوع المفاداة والإمساك والفك ، [في هـٰذه الأغراض][(٢)] ، والصريحُ ما يشيع في إرادة مقصدٍ . [ومن][(٣)] **أئمتنا** من نظر إلىٰ جريان هـٰذه الألفاظ في الشرع . [كالمفاداة][(٤)] في قوله تعالىٰ : ﴿ فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] . والإمساك في قوله تعالىٰ : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣١]. والفك في قوله تعالىٰ: ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾[(٥)] [البلد : ١٣].

وحاصل المذهب : أن ما جرىٰ له ذكر في الشرع ، وتكرر حتىٰ صار مشهوراً في الشرع ؛ فهو صريح ، وإن لم يفرض فيه إشاعةٌ في العادة ؛ فإنّ ما عُرف شرعاً ، فهو المتّبَع ، وعليه بنينا حملَ الدراهم في الأقارير على النُّقرة الخالصة ، وإن كان قد يغلب العرف علىٰ خلاف ذلك ، وعليه ألحق **الشافعي** [السَّراح والفراق][(٦)] بصرائح الطلاق لمَّا ألفاهما[(٧)] متكررين .

فأما ما جرىٰ في الشرع مرة واحدة ، كالمفاداة ، والإمساك ، والفك ، ولم يكن ذلك شائعاً ؛ ففيه الوجهان .

وما شاع ولم يجرِ له ذكر في الشرع ، فهل يلتحق بالصرائح ؟ فعلىٰ وجهين . ومنه

---

(١) زيادة اقتضاها السياق . واعتمدناها من لفظ العز بن عبد السلام في المختصر ، ومن كلام المؤلف الآتي قريباً .
(٢) زيادة من المحقق لإيضاح المعنىٰ .
(٣) في الأصل : فمن .
(٤) في الأصل : والمفاداة .
(٥) المعنىٰ أن من أئمتنا من جعل الصريح ، هو ما شاع في إرادة المقصد ، ومن أئمتنا من جعل الصريح ما جاء في استعمال الشرع .
(٦) في الأصل : « ألحق الشافعي والقران بصرائح الطلاق » والتصويب والزيادة من المحقق .
(٧) تكررت مادة (س . ر . ح) في القرآن الكريم بمعنى الطلاق سبع مرات : « أسرحكن » سورة الأحزاب : ٢٨ ، « تسريح » سورة البقرة : ٢٢٩ ، « سرِّحوهن » مرتين سورة البقرة : ٢٣١ ، وسورة الأحزاب : ٤٩ ، « سراحاً » مرتين ، سورة الأحزاب : ٢٨ ، ٤٩ .
وجاءت مادة (ف . ر . ق) بمعنى الطلاق مرتين : « أو فارقوهن بمعروف » سورة الطلاق : ٢ ، « وإن يتفرقا » سورة النساء : ١٣٠ .

قول القائل لامرأته : « أنت[1] عليّ حرام » ، في هـٰذه البلاد .

وما ذكرناه مرامز ، وسيأتي استقصاؤها في أول الطلاق ، إن شاء الله تعالىٰ .

٨٦٩٦- ومما يتفرع علىٰ هـٰذا القول : أنا إذا جعلنا[2] المخالعةَ صريحاً/ وقطعنا ٥ ي القول بذلك على الفسخ ، ولا ذكرَ لها في الكتاب ، فكيف خروج هـٰذا على القاعدة التي ذكرناها ؟ ولم يختلف أصحابنا أن المخالعة صريحٌ في الفسخ - علىٰ قول الفسخ - وهـٰذا في ظاهره يخرِم ما أصّلناه!

وسبيل الكلام عليه شيئان : **أحدهما** - أن الخلع جرىٰ في عُرف نَقَلةِ الشريعة ، حتىٰ كان حَمَلةُ الشريعة يحملون على التلفظ بها ، والأزواج إذا نطقوا بالخلع رأَوْه الأصل . وليس كذلك قول القائل لامرأته : أنتِ عليّ حرام .

ويتجه فيه وجه آخر ، وهو أن الخلع إذا استعمل فسخاً ، فالفسخ يضاهي حلولَ العقود ، ولا حصر لألفاظ حلول العقود ، وهي محمولة على الإشاعة ، متلقّاة منها لا غير ، والطلاق تصرف ؛ فإنه ليس فسخاً ، وليس يُشعر بإزالة مِلكٍ ، فتطرّق إليه التعبّد تطرّقَه إلى النكاح . وكأن المعتمد فيه ورود الشرع والتكرر فيه .

٨٦٩٧- إذا تبين ما ذكرناه ؛ فلو ذكر الزوج المخالعة علىٰ مال ، وقبِلَته المرأة ، ونوى الزوج الطلاق ؛ فالذي قطع به **المحققون** : أنه لا يصير طلاقاً بالنيّة ، فإنه صريح في الفسخ ، واللفظ الصريح الموضوع في محلّه ، إذا قَصد مطلِقُه مقصوداً آخر غيرَ ما يقتضيه محلُّه ؛ فاللفظ لا ينتقل ؛ ولهـٰذا قلنا : إن الزوج إذا ذكر الطلاق ، وزعم أنه نوىٰ ظهاراً ، أو ذكر الظهار/ ، وزعم أنه نوىٰ طلاقاً ؛ فاللفظ ينفذ في موضوعه ٥ ش الصريح ، ويلغو القصد في غيره .

وقد يرد علىٰ ذلك لفظ التحريم ؛ فإنه صريح في اقتضاء الكفارة إذا قال الرجل لزوجته : أنتِ عليّ حرام ، ولو نوىٰ به طلاقاً كان طلاقاً ، وسيأتي ذلك مشروحاً ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) في الأصل : وأنت .

(٢) في الأصل : جعلناه .

والـذي ننجزه الآن ، أن لفظ التحريم لا يختص حكمه في اقتضاء الكفارة بالزوجية ، وأن السيد لو قال لأمته : أنتِ عليّ حرام ، التزم الكفارة ، وفي ذلك نزلت سورة التحريم ، فلم يختص التحريمُ بالنكاح[١] ، فيجوز ألا يختصَّ في النكاح بمقصودٍ ، هـٰذا هو المذهب .

٨٦٩٨ـ ومن **أصحابنا** من قال : الخلع يصير طلاقاً بالنية[٢] . وهـٰذا ذكره **شيخي** وطائفة من **العراقيين** [والوجه][٣] فيه : أن الفسخَ والطلاقَ متساويان في بتّ الملك ورفعِ النكاح ، فلم يبعُد نقلُه من رفعٍ إلىٰ رفع ، وليس كذلك الطلاق والظهار .

وهـٰذا خيال لا حاصل له ؛ فإن تعطيل الصريح لا وجه له ، وفي حمل الخلع على الطلاق تعطيلُه في الفسخ ، ويستحيل أن ينفذ الفسخ به ، مع وقوع الطلاق ، هـٰذا لا سبيل إليه .

فلو [أجراه][٤] من لا [بصيرة له حيث لم ير لردّ][٥] الفسخ أثراً ، وقال : ينفذ الفسخ والطلاق ، قيل له : الفسخ بَيْنٌ ، والطلاق لا يقع مع البينونة . فهـٰذا ما أردناه في ذلك .

فإن قيل : النكاح ينفسخ بلفظ [الفسخ][٦] عند ثبوت الأسباب المقتضية للفسخ ،

---

(١) قوله : « لم يختص التحريم بالنكاح » إشارة إلىٰ أن ما صح في قصة سورة التحريم وسبب نزولها ، أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم العسل علىٰ نفسه ، في قصة رواها مسلم في صحيحه . واختارها القرطبي في تفسيره . وهو موافق لما اعتمده المؤلف هنا . (راجع القضية في تفسير القرطبي ، وصحيح مسلم ، وغيرهما إن شئت) .

(٢) هـٰذا الكلام تفريعٌ على القديم في أن الخلع فسخٌ لا طلاق .

(٣) في الأصل : فالوجه .

(٤) في الأصل : أجرىٰ .

(٥) ما بين المعقفين من تصرف المحقق بدلاً من عبارة الأصل التي جاءت هـٰكذا « يضره له حيث لم يزرِد الفسخ أثراً » كذا تماماً بهـٰذا الرسم وهـٰذا النقط والضبط . والحمد لله . صدق تقديرُنا ، فقد وجدناه بعينه في مختصر ابن أبي عصرون ، بعد أن حصلنا علىٰ هـٰذا الجزء والكتاب ماثل للطبع .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

ثم لو استعمل الزوج الفسخ ، ونوى الطلاق/ وقع . ٦ ي

قلنا : لفظ الفسخ لا اختصاص له بالنكاح ؛ فإنه يجري في كل عقد ينفسخ ، ثم إنما ينفذ لفظ الفسخ إذا كان ثَمَّ موجِب له ، فإن لم يكن ، فلا نفاذ له ، فلا يمتنع استعماله في الطلاق . فلو أطلق الزوج لفظ الفسخ ، ونوىٰ به الطلاق حيث يملك الفسخ ، فالمسألة محتملة .

ويجوز أن يُقضىٰ بوقوع الطلاق لصلاح اللفظ له وملكِه إياه ، وهـٰذا ما قطع به **القاضي** .

ويجوز أن يقال : ينفد الفسخ بصريح لفظه ؛ إذ لا حاجة إلىٰ قصده في الفسخ ، ولا ينفذ الطلاق ، كما ذكرناه في المخالعة ، ولعل الفسخ أولىٰ بالنفوذ إذا وُجد سببٌ له ؛ فإن ما نُنفذه من الفسخ في الخلع يقتضي التراضي بالفسخ ، فإذا لم يقصد الزوجُ الفسخَ ، ولم يخطر له ببال ، فالتراضي على الفسوخ مفقود ، وهو سبب الفسخ . فليتأمل الفقيه هـٰذا المقام يجد له عوضاً .

٨٦٩٩ـ ومما نفرّعه علىٰ هـٰذا القول : أنا إذا جعلنا الخلع فسخاً ، فلا يصحّ من الأجنبي الاستقلالُ باختلاع المرأة علىٰ حكم الفسخ ؛ فإن الفسخ المعقود بالتراضي شرطه أن يرتبط برضا الزوجين ، فإن العقد يتعلق بهما ، ولا يجوز أن يكون الأجنبي ركناً في فسخ التراضي .

فإن قيل : قد قطع **الشافعي** أجوبته بتصحيح خلع الأجنبي!

قلنا : سبب ذلك أنه فرّع علىٰ **الجديد** ، ولم يُلفَ له تفريع علىٰ **القديم** . وكانت أجوبته محمولةً علىٰ أن/ الخلع طلاق . وإذا وقع التفريع عليه ، فيصحّ من الأجنبي ٦ ش [افتداءُ][1] المرأة بالطلاق عن زوجها بمال يبذله ، وينزل هـٰذا بمنزلة افتداء الرجل المستولدة من مولاها بمال يبذله عن مقابلة إعتاقه إياها ، والسبب في ذلك أن الطلاق فُرقة ينفرد الزوج بها كالعتق ، فإذا علّقه بمال [يلتزمه][2] أجنبي علىٰ مذهب الافتداء ،

---

(١) في الأصل : الافتداء .

(٢) في الأصل : يلزمه .

لم يبعد [و][١] الفسخ المنوط بالتراضي ، يستحيل حصوله بين الزوج والأجنبي .

وقد بقي من التفريع علىٰ هـٰذا القول مقدار صالح ، ولـٰكنا رأينا تأخيره لغرض لنا في الترتيب ، ونعود الآن إلى التفريع على القول الآخر .

٨٧٠٠ـ فإذا قلنا : الخلع طلاق ، فإذا ذكر معه المال ، واتصل بالقبول ؛ فظاهر المذهب أن اللفظ لا يعمل إلا بالنية .

ونص **الشافعي** في **الإملاء** علىٰ أن الخلع صريح في الطلاق أو كناية ؛ [اختلف][٢] **الأئمة** في مأخذ القولين ، فالذي ذهب إليه **معظم الأصحاب** أن هـٰذا الاختلاف مأخوذٌ [من][٣] أن اللفظ إذا ساغ استعماله في الناس علىٰ قصد الطلاق ، فهل يلتحق بالصرائح بسبب الشيوع وإن لم يتكرر في ألفاظ الشرع ؟ وهـٰذا لفظ مختلف فيه ، وسنذكره ونستقصيه في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

فإذاً ؛ ظاهر المذهب : أن الصرائح منحصرة في الطلاق والفراق والسَّراح ، ومعانيها بكل لسان .

وفي المسألة قول آخر : إن الخلع يلتحق بها لشيوعه في الاستعمال .

هـٰذا مسلك **لبعض الأصحاب** ، وهو الصحيح .

وذهب ذاهبون إلىٰ أن سبب اختلاف القول ذكر/ المال ، وهـٰذا تمسكٌ بالقرينة . ي ٧

ومذهب **الشافعي** أن **الكنايات** لا تلتحق بالصرائح بقرائن الأحوال : كالسؤال ، والغضب ، وما يظهر في مخايل الإنسان في قصد الطلاق . وسيأتي شرحها ، إن شاء الله تعالىٰ .

فكان هـٰؤلاء يستثبتون من جملة القرائن : المال ؛ فإنه لا يُبذل هزلاً ، ولا [يستبطر][٤] إلا لتوطين النفس على المفاداة . ويظهر أثر هـٰذا الاختلاف في مأخذ

---

(١) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : واتفق .

(٣) زيادة لاستقامة العبارة .

(٤) كذا . وهـٰذه القراءة انتهينا إليها بصعوبة بالغة ولعل المعنىٰ : يستبطر أي يستهان بالمال ويستخف به ، من قولهم بطر النعمة إذا استهان بها وكفرها (المعجم) .

القولين فيه إذا جرىٰ لفظ الخلع من غير ذكر المال ، وقد وعدنا أن نذكر هـٰذا مفرداً مفرّعاً على القولين .

ومن فوائد التفريع علىٰ هـٰذا القول أن الرجل إذا خالع امرأته ثلاث مرات ، لم تحلّ له إلا بعد زوج ، بخلاف ما إذا جعلناه فسخاً ؛ فإن تكرر الفسوخ ـ وإن بلغ عدداً كثيراً ـ لا يؤثر في إيجاب التحليل ، وتحريم العقد ممدود(١) إلىٰ نكاح ووطءٍ فيه .

فهـٰذا الذي ذكرناه ؛ ذِكْرُ قواعد التفريع على القولين ، ونحن نُلحق أموراً ، أهمها : الكلام فيه إذا جرى الخلع من غير تعرّض لذكر المال .

فَرْعٌ : **٨٧٠١ـ** إذا اختلع الزوجان ، ولم يجرِ ذكر المال ، فقال الزوج : خالعتك ، فقالت : اختلعت نفسي ، فهـٰذا نفرّعه علىٰ قولنا : الخلع طلاق أوّلاً ، ثم نفرّعه على القول الآخر .

فإذا قلنا : إنه طلاق . قلنا : إنه صريح ، فهـٰذا ينبني علىٰ أن كونه صريحاً يُتلقىٰ من ذكر المال أو من شيوع اللفظ ؟ فإن تلقيناه من قرينة المال ، فهاهنا لا/ قرينة ، فهو كناية ، فيحتاج إلى النية . ٧ ش

ثم نفرّع أولاً علىٰ أن مأخذ القولين من الشيوع، وهـٰذا ما صار إليه **معظم الأصحاب**. فإن قلنا : اللفظ صريح . فإذا لم يتعرضا لذكر المال ، فهل يجب المال ؟ فيه **وجهان** : **أحدهما** ـ أن المال يجب وإن لم يذكراه ؛ فإن اللفظ في العرف يقتضي المال .

والوجه الثاني ـ لا يثبت المال لعدم الذكر والتعرض له .

التفريع : **٨٧٠٢ـ** إن قلنا : إن المال لا يثبت ، فيقع طلقة رجعية ، ثم هل يشترط القبول ، أم يقع بمجرد قول الزوج ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ إنه يقع [بمجرد](٢) قول الزوج ؛ فإنه إذا نوى الطلاق ، ولم يتعرض للمال ، ولم يُثبت الشرعُ المالَ ، فلا حاجة إلىٰ قبولها ، فكان ما جاء به طلاقاً مجرداً في ممسوسةٍ من غير استيفاء عدد ، فاقتضىٰ ذلك جريانها في عدة الرجعة .

---

(١) يوجد في الأصل كلمة غير مقروءة بعد كلمة (العقد) . والمثبت عبارة صفوة المذهب .
(٢) في الأصل : مجرّد .

والوجه الثاني ـ أنه لا بد من قبولها ؛ فإن صيغة اللفظ مأخوذة من بناء المفاعلة . ووضع باب المفاعلة على التعلق بشخصين ، فإن كان مُشعراً بفعل كالمقاتلة والمضاربة ، فذلك الفعل يدور بين شخصين ، فإذا قال : خالعتك ، اقتضىٰ هٰذا في وضع اللسان قبولَها ، فكأنه قال : إن قلتِ اختلعتُ ، فأنت طالق .

وقد يتعلق الطلاق بالقبول ، وإن كان المال لا يثبت .

والدليل عليه : أن الزوج إذا خالع زوجته السفيهة فقبِلَتْ ، وقع الطلاق رجعياً ، ثم لا يثبت المال . ولو لم تقبل ، لم يقع الطلاق/ ، فلتكن المخالعة [الخالية][1] عن ذكر العوض بهٰذه المثابة . ٨ي

والذي يقتضيه القياس في هٰذا ، أنه لو قال : خلعت عنك ، ولم يقل : خالعتك ، ونوى الطلاق ، فلا حاجة إلىٰ قبولها ؛ فإن لفظه لم يصدر عن باب المفاعلة .

فإذا تبيّن هٰذا مفرّعاً علىٰ أن اللفظ صريح ، ففيه تفصيل عندنا ، به يتم الكلام ، وهو : أن الرجل إذا قال : خالعتك ، ولم يقصد بذلك التماس الجواب منها ، وإنما قال على الابتداء : خالعتك ، وهي [تنفي][2] تنجيز الطلاق ، فالوجه : القطع بأن الطلاق يقع ، فإن اللفظ يحتمل [التنجيز][3] من غير تعليق بالقبول ، وهو كما لو قال : قاطعتك وبارأتك ، فالكنايات يُكتفىٰ بها بدون ما ذكرناه من الاحتمال .

ولو قال : خالعتك ونوىٰ طلاقاً ، [و][4] هو يلتمس بذلك جوابها ، فهاهنا قد يتجه الخلاف في أن وقوع الطلاق هل يتوقف علىٰ قبولها ؟ فالظاهر عندنا أنه إذا لم يثبت المال ، لم يتوقف علىٰ قبولها ؛ فإن الطلاق مما يتفرد الزوج به ، وليس وقوعه مرتبطاً بمال يتوقف لزومه على التزامها ، فلا وجه إلا تنفيذ الطلاق ، وقصدُه التماسَ جوابِها لا أثر له بعد ما نوى الطلاق .

وسيأتي لذلك نظائر في مسائل التدبير من كتاب الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

---

(١) زيادة اقتضاها استقامة العبارة .
(٢) في الأصل : تتقي .
(٣) في الأصل : التخيير .
(٤) (الواو) زيادة من المحقق .

والوجهان في أن المال هل يثبت بمطلق المخالعة يبتنيان علىٰ نظائر لهٰذه/ ٨ ش المسألة .

منها : أن الرجل إذا دفع إلىٰ إنسان دراهم ، وقال : قارضتك عليها حتىٰ تتصرّف ، ولم يسمِّ مقداراً من الربح ، فهل يستحق أجرة المثل إذا عمل ؟ فعلىٰ **وجهين** .

وكذلك لو قال لمن استعمله علىٰ أشجار : ساقيتك[(١)] ، ولم يذكر له مقداراً من الثمر ، فإذا عمل ؛ فهل يستحق أجرة مثل عمله ؟ فعلىٰ وجهين . وقد تقدم في المعاملات في ذلك مثله .

وما أجريناه كله تفريع علىٰ أن الخلع صريح بطريق الشيوع .

٨٧٠٣ـ فأما إذا قلنا : إنه يلتحق بالصرائح بقرينة المال ، فإذا لم يجرِ [ذكرُ][(٢)] المال ، فهو كناية ، [فتذكّر][(٣)] ذلك .

والتفريع على القول الصحيح ـ وهو أن الخلع كناية ، وإن اشتمل علىٰ ذكر المال ـ فإذا قال : خالعتكِ ، فقالت : اختلعتُ ، فهٰذا ينبني علىٰ أن مطلق هٰذا اللفظ هل يقتضي المالية ، أم لا ؟

فإن حكمنا بأن مطلقه يقتضي المالية ، فلا يخلو ؛ إما أن ينوي الزوج الطلاق ، وإما ألا ينوي ، فإن نوى الزوج الطلاق ، ونوت المرأة أيضاً طلب الطلاق ؛ فالطلاق يقع بائناً ، والرجوع إلىٰ مهر المثل .

وإن نويا الطلاق ، ولم يذكرا المال ـ والتفريع علىٰ أن مطلق اللفظ لا يقتضي المال ـ فلا يخلو ؛ إما أن ينويا المال ، وإما ألا يجري ذكر المال في ضميرها ، كما لم يجرياه في لفظهما ، فإن لم ينويا المال ولم يذكراه ، وقلنا : اللفظ لا يقتضيه ؛ فالطلاق يقع رجعياً .

فإن قيل : في هٰذا الكلام اضطراب ؛ من جهة أن التفريع علىٰ أن الخلع كناية ،

---

(١) في الأصل : « ساقيتك لعملٍ » .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : فنذكر .

ي ٩ فكيف ردّدتم/ الجواب في أن اللفظ هل يقتضي المال [بنفسه][١] ؟

قلنا : وإن حكمنا بأن اللفظ كناية في اقتضاء الطلاق ، فإنا نُجري الخلافَ في أنه هل يقتضي المال في [وضعه][٢] أم لا ؟ فكان[٣] التردد [باقٍ][٤] في أن هـٰذا اللفظ هل يقتضي المال أم لا [يقتضيه][٥] ، هـٰذا وجه الكلام ، وقد انتهىٰ إلىٰ قولنا : اللفظ كناية في الطلاق وليس صريحاً في اقتضاء المال .

فلو نويا المال مع نية الطلاق ، فالنية هل تؤثِّر في المال ؟ والتفريع علىٰ أن اللفظ بنفسه لا يقتضيه . [اضطرب][٦] **أصحابنا** في المسألة .

فمنهم من قال : النية لا أثر لها في المال ، فكأنها لم تكن . ومنتهى الجواب أن الطلاق يقع رجعياً ، ويتجه هاهنا أن الطلاق لا يقع أصلاً ؛ فإن الزوج نوىٰ طلاقاً بمال ، والتعويل علىٰ نيته ، فإذا لم يحصل المال بنيته ، ونيته في الطلاق متقيدة بالمال ، فلا يقع الطلاق ، وهـٰذا وجه فقيه .

ومن **أصحابنا** من قال : نية المال كذكر المال ، فعلىٰ هـٰذا إذا نوى المال ، ونوت المال ، وثبتت نية الطلاق ، فالطلاق يقع بائناً ، وجهاً واحداً ، تفريعاً علىٰ ما ذكرناه . هـٰذا تمام التفريع إذا قلنا : الخلع طلاق .

٨٧٠٤ـ فأما إذا فرعنا علىٰ أن الخلع فسخٌ ، وقد جرىٰ ذكر الخلع والقبول من غير مال ـ ونحن أوضحنا أن الخلع ـ علىٰ قول الفسخ ـ صريح في الفسخ ؛ فالذي ذكره **الأصحاب** : أن هـٰذا يُبنىٰ علىٰ أن مطلق هـٰذا اللفظ هل يقتضي المال ؟ وجريان هـٰذا الخلاف علىٰ نسق واحد .

ش ٩ / فإن قلنا : اللفظ يقتضي المال بإطلاقه ـ وهو الذي اختاره **القاضي** وصححه .

---

(١) في الأصل : نفسه .
(٢) في الأصل : وصفه .
(٣) فكان التردد : كان هنا تامّة .
(٤) في الأصل : « بان » والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٥) في الأصل : يقتضيها .
(٦) في الأصل : اضطراب .

ووجهه أن الخلع [حلّ][1] النكاح ، فكان في معنىٰ عقد النكاح ، ثم عقد النكاح إذا عري عن المهر من غير تفويض صريح ممّن يملك المهر ، يجب فيه مهر المثل . فليكن الفسخ كذلك .

والدليل علىٰ تساويهما أن النكاح على العوض الفاسد ينعقد علىٰ مهر المثل ، أو علىٰ قيمة العوض المسمىٰ إن كان مما يُتقوّم . والخلع على العوض الفاسد في هـٰذا كالنكاح ، فإذا استويا عند تسمية العوض الفاسد ، وجب أن يستويا عند [الإطلاق][2] .

٨٧٠٥ـ فإن قيل : ما وجه من يقول : المخالعة المطلقة لا تقتضي مالاً ، وما الفرق [بينها][3] وبين النكاح المطلق ؟ وما الذي أوجب القطع في النكاح ، والترديد في الفسخ ؟ وليس التفريع علىٰ قول الفسخ علىٰ حكم التفريع علىٰ قول الطلاق ؛ فإن أصل الطلاق أن يكون بغير عوض ، فإذا عُلِّق بالعوض ، كان العوض دخيلاً فيه ، والفسخ تلو النكاح ، فيقتضي من العوض ما يقتضيه النكاح ، فما وجه التردد إذاً ؟

قلنا : لا يمتنع تخيل فرق أولاً ؛ فإن النكاح جلْبُ استباحة البضع ، فلا يبعد أن [يتأكد][4] العوض فيه . والخلع متضمنه ارتداد البضع إليها ، وهـٰذا لا يستدعي العوض حسب استدعاء الجلب ، فلا يمتنع أن يكون الخلع في ذلك دون العقد .

فإن قيل : جوّزوا [تخلية][5] الخلع عن العوض ـ لما ذكرتموه ـ إذا وقع التصريح به ، وقد ذكرتم/ قولين في النكاح المعقود على التفويض الصحيح هل يقتضي ثبوت المهر ؟ فهلا طردتم هـٰذا في الخلع ؟ قلنا : لا يتعرض **الأصحاب** لهـٰذا ، ولم يسمح بهـٰذا التقريب أحد ، والذي يقتضيه القياس الحقّ قبولُ ذلك ، والقولُ بإمكانه ؛ فإن ١٠ ي

---

(١) في الأصل : حدّ .
(٢) في الأصل : « الطلاق » .
(٣) في الأصل : بينهما .
(٤) في الأصل : بتأكيد .
(٥) في الأصل : تخيله .

الفسخ لما كان يتأكد من العوض فيه ، أو كان وضعه على ارتداد المسمىٰ ، فكان يقال : أمر العوض فيه قهري ؛ فإنه بناء وليس بابتداء ، وهـٰذا وجه بيّن ـ لو كان مذهباً لذي مذهب ، ولم يصر إلىٰ هـٰذا أحد .

فإذا انبنى الخلع علىٰ تسمية العوض ، كما انبنى النكاح عليه ، ثم تردد القول في أن العوض هل يثبت في نكاح التفويض ـ وأصح القولين أنه لا يثبت ـ فما المانع من مثل هـٰذا في الخلع ؟

ثم كان يجب علىٰ هـٰذا التقدير أن يقال : إذا حكمنا بخلوّ نكاح التفويض عن المهر ، فالمسيس فيه يثبته وينبني عليه المطالبة بالفرض ، كما تفصّل ، وليس في الفسخ شيء من هـٰذا ، وكان يجب أن ينفذ الفسخ عارياً إذا عري ـ إما علىٰ قطع ، وإما علىٰ قول ظاهر ـ ولم يقل [بهـٰذا][1] أحد من **الأصحاب** ، ولست أحمل تركهم لهـٰذا إلا علىٰ ضعف حرصهم في التفريع على القول الضعيف ، وإلا فما ذكرناه واجب ، وليس هو بأبعدَ من قول **المحققين** : إن الخلع مع الأجنبي مردود علىٰ قول الفسخ . ولم يصر إلىٰ هـٰذا أحد من **الأئمة** الماضين ، ولـٰكن/ المفرعين قالوا : جرت الأجوبة علىٰ قول الطلاق ، وهـٰذا منتهى الكلام . ش ١٠

٨٧٠٦ـ فإن قيل : هـٰذا يضمّن الخلع ـ علىٰ قول الفسخ ـ ارتداد المسمىٰ ، كالفسوخ القهرية ، حتىٰ يكون الخلع في النكاح بمثابة الإقالة في البيع ؟

قلنا : ليس [من الحزم][2] في طلب الغايات أن يذكر الإنسان الأقيسةَ الكلية الجليّة ، ويترك حق خاصية العقد الذي فيه الكلام . ومن خاصية النكاح أن المهر إذا تقرر ، ولم [يُنْقض][3] العقد بخلل مقترنٍ بأصله ، فالمسمىٰ لا يسقط . [ولذلك][4] لم يسقط إذا ارتدت المرأة بعد المسيس على الرأي الظاهر ، ثم في النكاح **تقرُّران** :

---

(١) في الأصل : بها .
(٢) في الأصل : في الحزم .
(٣) في الأصل : « ينقص » واضحة الضبط والنقط .
(٤) في الأصل : وكذلك .

التقرُّر الأكبر بالمسيس ، وقد يليه التقرر بالموت . [والتقرّر][١] الآخر[٢] هو تقرر لا يتشطر [بالاختلال][٣] الواقع بالعقد[٤] . وهـٰذه الخاصيّة لا توجد في سائر العقود ، والخلع فسخُ تراض لا يستند إلىٰ خلل في أصل العقد ، فامتنع سقوط المسمىٰ [به][٥] بعد المسيس ، وامتنع سقوط الشَّطر به قبل المسيس ، فلما اختص بهـٰذه الخاصية نزل علىٰ عوض مبتدأ ، ثم كان في ذلك العوض ، كالنكاح الوارد على الصداق ، فهـٰذا أقصى المضطرب في ذلك .

٨٧٠٧ـ فنعود بعد هـٰذا إلى التفريع ، فنقول :

إن حكمنا بأن مطلق الخلع يقتضي العوض ، فتثبت البينونة بالفسخ ، والرجوع إلىٰ مهر المثل .

وإن قلنا : هـٰذا اللفظ لا يقتضي المال ، فيلغو الخلع ، هـٰكذا/ قال **الأصحاب** ، من غاص منهم ومن قنع بالظاهر ؛ إذ لا عوض ، ولم يرَوْا خلعاً بلا عوض . ١١ ي

والذي أراه ـ على القياس الذي قدمناه ـ أن يثبت الفسخ ولا يثبت العوض ، وهـٰذا احتمال لا تعلق له بنقل .

وقد نجز التفريع على المخالعة المُطْلَقة العريّة عن العوض . والذي ذكره **الأصحاب** فيه ، **ثلاثة أوجه** :

أحدها ـ أنه يلغو .

والثاني ـ أنه يقع طلاق رجعي .

والثالث ـ أن البينونة تقع ، والمال يجب .

---

(١) في الأصل : والتقرير .
(٢) الآخر : يعني به التقرر بالموت .
(٣) في الأصل : بالابتدال .
(٤) قوله : بالاختلال الواقع بالعقد : معناه أن تقرر المهر بالموت لا يقبل التشطر ، مع ما تعرّض له العقد من اختلالٍ ، حيث لم يتم استيفاء المعقود عليه ، وهو (البضع) ، فقد مات الزوج قبل المسيس .
(٥) في الأصل : له .

ثم هي على الطلاق طلاقٌ مُبين ، وعلىٰ قول الفسخ فسخ .

هـٰذا حاصل المنقول ، وتحقيقه وتَنْسِيتُه من القواعد علىٰ ما ذكرناه . وهـٰذا الفرع لُباب التفريع على القولين ، وبه [يعتاص][(١)] الفصل ، فإنه [نحا نحو][(٢)] كل قاعدة .

ثم إنا نذكر بعد هـٰذا فروعاً مرسلة ونلحقها بالقواعد التي مهدناها .

فَرْعٌ : ٨٧٠٨ـ إذا قالت المرأة : طلقني علىٰ كذا . فقال الزوج : خالعتك بكذا .

فإن فرعنا علىٰ أن الخلع فسخ ، لغا قول الزوج ، والنكاح قائم ؛ فإن المرأة التمست الطلاق بألف ، ولم يُجبها إلىٰ ما التمست ، بل فسخ ، والفسخ دون الطلاق المبين ؛ لأن الطلاق بالعوض يُبين ، ويَنقُص العددَ ، والفسخ لا ينقُص العدد ، فقد سألت أعظم الفُرقتين ، فأجابها إلىٰ أدناهما .

وإن قلنا : الخلع طلاق ، وجعلناه صريحاً ، أو نوى الطلاق ، استحق العوض ، ووقع الطلاق المبين ، فإنه أجابها/ إلىٰ ما التمست . ش ١١

ولو قالت : خالعني بألف ، فقال : طلقتك عليه ، [والتفريع][(٣)] علىٰ أن الخلع فسخ ، فقد التمست الفسخ ، وأجابها إلى الطلاق ، ففي المسألة **وجهان** :

أحدهما ـ أنه لا يقع شيء ، [لأنهما][(٤)] لم يتفقا علىٰ شيء واحد .

والثاني ـ أنه يقع الطلاق ويثبت العوض ؛ لأنها سألت فُرقةً لا تَنقُص العددَ ، فحَصَّلَ الفرقةَ ، وزادها نقصان العدد .

وحقائق هـٰذه المسائل يتوقف انكشافها علىٰ تفصيل القول فيه إذا تخالع الزوجان ، وجعلنا لفظ التخالع كناية أو تخاطباً بلفظ الكناية ، ثم نفرض بينهما ريبة أحدهما .

---

(١) في الأصل : يعتاض (بالضاد) ثم المعنىٰ (بالصاد) : مأخوذ من (عَوِص) و(أعوص) ، والمراد أن بهـٰذا التفريع على الأقوال ، وتقعيدها ، وتأصيلها على القواعد والأصول ، يكون الفصل صعباً عويصاً ، وليس أمراً هيناً رخواً .

(٢) في الأصل : نجا من كل قاعدة .

(٣) في الأصل : فالتفريع .

(٤) في الأصل : لأنها .

وهـٰذا نذكره في باب مخاطبة الرجل امرأته ، ورمزتُ إلىٰ هـٰذا الوعد لعلمي بأن ما ذكرته يختلج في صدور الأكياس .

فصل

قال : « ولو خالعها تطليقة بدينار علىٰ أن له الرجعة . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٧٠٩ـ إذا قال الرجل : خالعتك تطليقة بدينار ، علىٰ أن لي الرجعة ، فقبلت ، أو قال : طلقتك طلقة بدينار علىٰ أن لي الرجعة .

تصوير المسألة : تدور علىٰ تطليقٍ بمال بصريحٍ أو كناية ، مع شرط الرجعة ؛ فالذي نقله **المزني** : أن الطلاق واقع ، والعوض المذكور ساقط ، والرجعة ثابتة . لم ينقل **المزني** عن **الشافعي** إلا هـٰذا ، واختار أن الطلاق يقع [بائناً][٢] ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، وشرطُ الرجعة ساقط .

ونقل **الربيع** عن **الشافعي** ما اختاره **المزني** ، ولم يصحح/ في النقل غيره ، ثم قال : وفي المسألة قول آخر إن الرجعة ثابتة ، والدينار مردود . ١٢ ي

وقيل : اختار **الربيع** ثبوت الرجعة وسقوط العوض ، فنقل ما اختاره **المزني** ، واختار ما نقله ، فحصل في المسألة قولان إذاً .

٨٧١٠ـ توجيه القولين : من قال بوقوع البينونة ، عوّل علىٰ تغليب الفراق ، ورأىٰ شرط الرجعة شرطاً فاسداً . فالشرائط الفاسدة لا تدرأ بينونة [الخلع][٣] ، قياساً علىٰ جملة الشروط الفاسدة .

وإذا أردنا كلاماً جامعاً في ذلك ، قلنا : إذا كان المخالع من أهل الطلاق ، والمرأة من أهل [التزام][٤] البدل ، وقد تقابل الطلاق والبدل ؛ فحكم ذلك البينونة ، وما يناقضهما من الشروط مردود .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٥٢ .
(٢) في الأصل : ثابتاً .
(٣) في الأصل : والخلع .
(٤) في الأصل : إلزام .

ومن نصر القول الثاني ، احتج بأن الطلاق اقترن به ذكر المراجعة والمال ، وهما متناقضان ، فإذا عسر الجمع بينهما ، واستحال [انتفاؤهما][١] ، فينبغي أن نثبت أقواهما ، وأقواهما : الرجعة ؛ فإنها تثبت من غير إثبات .

ويجوز أن يُعضَّدَ هٰذا القول ، فيقال : الرجعة تُناقض البينونة ، ومقصود الخلع : [البينونة][٢] فشرط الرجعة يناقض مقصود الخلع ، فيدرؤه ، وينزل منزلة عقد النكاح علىٰ شرط الانكفاف عن الوطء .

وقد يدخل علىٰ ذلك[٣] أن النكاح المؤقت ، ومضافه إلىٰ بعض المنكوحة فاسدٌ ، ومؤقتُ الطلاق مؤبد ، ومبعّضه/ مكمّل . ولا شك أن أقيس القولين ما اختاره **المزني** . ش ١٢

٨٧١١ـ ثم إنه في اختياره استشهد بمسائل ، نقل فيها نصوصاً ، فنذكرها ، ونذكر أقوال **الأصحاب** فيها .

فمنها : أنه قال : **قال الشافعي** : « **إذا خالع زوجته بطلاقٍ علىٰ مال ، وقال : مهما بدا لكِ أن تستردي العوض ، فاستردیه ، ولي الرجعة ، فالطلاق يقع بائناً ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، ويثبت عليها لازماً لا يدرأ** »[٤] .

والذي صار إليه **معظم الأصحاب** موافقتُه ، [وطلبوا][٥] الجوابَ ، والفرقَ بين هٰذه المسألة وبين صورة القولين . والذي تحصّل من الفرق أن البينونة في مسألة الاستشهاد ناجزةٌ [ومقتضىٰ][٦] الشرط استدراكها إذا أرادت المرأة استرداد العوض ، [وصورة][٧] القولين فيه إذا قرن شرط الرجعة بالمال .

---

(١) في الأصل : انقضاؤهما .
(٢) في الأصل : والبينونة .
(٣) « يدخل علىٰ ذلك » : أي يعارضه .
(٤) ر . المختصر : ٤/ ٥٣ .
(٥) في الأصل : وطلب .
(٦) في الأصل : « بمقتضىٰ » .
(٧) في الأصل : وسورة .

والفرق يظهر بين التنجيز وشرط الاستدراك وبين [اقتران نفي][1] البينونة بالعقد .

وذكر **صاحبُ التقريب والشيخُ أبو علي** أن من **أصحابنا** من رأىٰ نص **الشافعي** في المسألة التي استشهد بها **المزني** جواباً علىٰ أحد القولين ، وقال : إذا نصرنا القول الثاني ، حكمنا بأن البينونة لا تقع في مسألة الاستشهاد ؛ فإنه لم يبتّها ، بل ردّدها ؛ فثبتت الرجعة ، وانتفى المال على القول الذي ننصره علىٰ **المزني** .

٨٧١٢ـ ومما تعلق به **المزني** لنصرة القول الذي اختاره : / أن الرجل إذا قال لمالكِ العبدِ : أعتق عبدك عني بألف علىٰ أن لك الولاء ، فإذا أعتقه علىٰ هـٰذا الشرط ، فكيف السبيل فيه ؟ ١٣ ي

نقل أن العتق ينفذ بالمال على المستدعي ، وله الولاء ، وشرط الولاء باطل مردود .

ومن **أصحابنا** من قال : الشرط باطل ، ولـٰكن لا يرتدّ العتق به ، ولـٰكن يرتد به طريق الاستدعاء في محاولة نقل الملك أولاً ، وبناء العتق عليه ؛ إذ العتق إن كان لا يقبل الرد ، فطريق الاستدعاء يمكن إبطاله حتىٰ إذا بطل ، نفذ العتق على المنشىء[2] ، وله الولاء ، ولا عوض .

وتعلق **المزني** بمخالعة الرجل امرأته السفيهة المحجورة ، فإن **الشافعي** نص علىٰ وقوع الطلاق ، وانتفاء العوض ، وثبوت الرجعة . ووجه استدلال **المزني** أن المال لم يثبت ، بحيث لم تكن المرأة من أهل الالتزام . وهـٰذه المسألة ستأتي بما فيها ، إن شاء الله تعالىٰ ، ولسنا للإطناب في محاجة **المزني** . وذَكَر في أثناء الكلام اختلاعَ الأمة المزوّجة نفسها ، وسيأتي حكم اختلاعها ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) في الأصل : « وبين **أمران في** البينونة » والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٢) المنشىء : أي المالك الذي سينشىء العتق .

فَصْل

قال : « **ولا يلحق المختلعةَ الطلاقُ . . . إلىٰ آخره** »[١] .

٨٧١٣ـ المختلعة لا يلحقها الطلاق في عدة البينونة ؛ فإنها بائنة خارجة عن النكاح ، والطلاق حلٌّ للنكاح ، وخلاف **أبي حنيفة**[٢] ـ مشهور ، والرجعية يلحقها الطلاق في عدة الرجعة ، وفي صحة مخالعة [الرجعية][٣] **وجهان مشهوران** :

ش ١٣ **أحدهما ـ/** أنها تصح ، لأن الطلاق من غير عوض يلحقها ، فيلحقها بالعوض ، وأثر العوض اقتضاء البينونة ، وليست [الرجعية بائنة][٤] .

الثاني ـ أنها لا تبين ، ولا يصح الخلع ، لأن نص **الشافعي** دالّ علىٰ أن الزوج إذا وطىء الرجعية ، التزم مهر مثلها . فيبعد أن يكون بحيث يلتزم الزوج المهر بوطئها ويُلزمها بالخلع العوضَ .

وسنذكر التفصيل في وطء الزوج الرجعية ، وتفصيلُ القول في الظهار والإيلاء إذا وُجّها على الرجعية ، سيأتي في كتاب الظهار والإيلاءَ إن شاء الله عز وجل .

* * *

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٥٤ .
(٢) ر . تحفة الفقهاء : ١/ ٢٧٦ ، وفتح القدير : ٤/ ٨١ ، ٨٢ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٤٦٧ ـ مسألة رقم : ٩٨٤ .
(٣) في الأصل : الرجعة .
(٤) في الأصل : الرجعة ثابتة .

باب
ما يقع وما لا يقع

قال : « ولو قال لها : أنت طالق ثلاثاً ، في كل سنة تطليقة . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٧١٤ـ نقدم علىٰ مقصود هـٰذا الباب تفصيلَ القول في عَوْد الحِنث .

فإذا علق الرجل طلاق امرأته بصفةٍ ، ثم بانت عنه بسبب من الأسباب ، فسخٍ أو طلاقٍ مُبين ، ثم عادت إليه ، فلا يخلو : إما أن تبين من غير استيفاء عدد ، ثم تعود . وإما أن يطلقها ثلاثاً ، وتعود إليه بعد التحليل ؛ فإن لم تقع الحرمة الكبرىٰ وبانت ، ثم جدد عليها نكاحاً ، فوُجدت الصفة التي علّق الطلاق عليها في النكاح الأول في النكاح الثاني ؛ فالمنصوص عليه في **القديم** : القطعُ بوقوع الطلاق . وفي **الجديد قولان** : **أحدهما ـ** يقع ، وهو/ القول المعروف بعَوْد الحِنث . **والقول الثاني ـ** لا يقع . ١٤ ي

توجيه القولين : من قال : يقع ، احتج بأن التعليق جرىٰ في نكاح ، والصفة تحققت في نكاح ، والنكاحُ الثاني مبني على النكاح الأول في عدد الطلقات ؛ فإنه لو طلق طلقة واحدة ، فبانت المرأة ، ثم جدّد النكاح عليها ؛ [فهي][٢] تعود إليه بطلقتين ؟ فإذا انبنى النكاح على النكاح في العدد ، وجب أن ينبني عليه في اليمين بالطلاق .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن التعليق جرىٰ في النكاح الأول ، وقد تصرّم ذلك النكاح ، [فلينقضِ][٣] بما فيه ؛ إذ لو نفذنا في النكاح الثاني يمينه السابقة في النكاح

(١) ر . المختصر : ٤/ ٥٥ .
(٢) في الأصل : فهل .
(٣) في الأصل : فليقض .

الأول ، لكنّا منفذين تصرفه في النكاح الثاني قبله[١] ، وهـٰذا ينافي مذهب **الشافعي** .

هـٰذا إذا كان النكاح الثاني قبل وقوع الحرمة الكبرىٰ .

٨٧١٥ـ فإن علّق طلاق امرأته ، ثم طلقها ثلاثاً تنجيزاً ، ثم نكحت زوجاً آخر ، وعادت إلى الأول علىٰ شرط الشرع ، ثم وُجدت الصفة التي علق الطلاق بها في النكاح الأول ؛ فالمنصوص عليه في **الجديد** : القطع بأن الطلاق لا يقع ، والحِنث لا يعود . وفي **القديم** قولان .

وإذا جمعنا الصور وضممنا أجوبة القديم إلى الجديد ، انتظم في عود الحِنث **ثلاثة أقوال** :

أحدها ـ أنه لا يعود أصلاً إذا تخللت البينونة ، وتجدد النكاح .

ش ١٤ **والثاني** ـ أنه يعود كيف فرض الأمر نظراً إلىٰ حالة التعليق/ ووجود الصفة ، وهما واقعان في النكاح .

والقول الثالث ـ إن الحِنث يعود إذا لم تتخلل الحرمة الكبرىٰ ، فإن تخللت ، لم يعد .

والمصير إلىٰ عود الحنث بعد وقوع الثلاث علىٰ نهاية البعد ، حتىٰ لا يكاد ينتظم [تعبير][٢] فيه عن توجيه ؛ فإن الرجل إذا علق ثلاث طلقات بوجود صفة ، فإنما علّق ما يملك تنجيزه من الطلقات ، فإذا أنجز ما علّق ، فقد انحلّ ملكه المعلق ، وكان التنجيز بمثابة الاستيفاء ، فلا يبقىٰ للتعليق متعَلّقٌ ، ويستحيل بقاء تعليق لا متعلقَ له .

٨٧١٦ـ **وأبو حنيفة**[٣] فصّل في عَوْد الحنث بين أن يقع النكاح الثاني بعد تخلل الحُرمة الكبرىٰ وبين أن يقع قبل تخللها ، وهـٰذا الفصل حسن في جانب نفي الطلاق

---

(١) قوله : « لكنا منفذين تصرّفه في النكاح الثاني قبله » : معناه أننا ننفذ التصرف في النكاح قبل أن يوجد النكاح ، وهـٰذا خلاف مذهب الشافعي ، فعنده أن من قال : إذا تزوجت فلانة فهي طالق . لا تطلّق بهـٰذا اللفظ .

(٢) في الأصل : تغيير .

(٣) ر . المبسوط : ٦/٩٥ ، ومختصر الطحاوي : ٢٠٣ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٢/٤٠٩ مسألة رقم : ٩١٥ ، ورؤوس المسائل : ٤٢٠ مسألة رقم : ٢٩٢ .

عند استيفاء الطلقات الثلاث ، ولـٰكنه أفسد علىٰ نفسه ، حيث قال : إذا طلق الرجل امرأته ، فبانت ونكحت زوجاً وأصابها ، ثم عادت إلى الأول علىٰ شرط الشرع ؛ فمذهبه : أنها تعود إلى الأول بثلاث طلقات . ثم بنىٰ علىٰ هـٰذا المذهب مسألةً في التعليق ، فقال : إذا علّق ثلاث طلقات بصفة في النكاح الأول ، ثم نجّز طلقتين ، فبانت ونكحت وأصيبت ، وعادت إلى الأول ، فوُجدت الصفة ؛ قال : تطلق ثلاثاً ، ومعلوم أنه لما نجّز طلقتين في النكاح الأول ، فقد نجّز مما علق طلقتين ، فإدامة التعليق بما نجّز محال/ . ١٥ ي

وهـٰذه المسألة لا تتصور علىٰ أصلنا ؛ فإن النكاح الثاني عندنا مبني على النكاح الأول في عدد الطلاق ، كما سيأتي القول في هـٰذا [في][1] الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

٨٧١٧ـ وذكر **الأئمة** في تعليق العتق وعَوْد اليمين ما ذكروه في الطلاق . فإذا قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ، ثم زال ملكه عن الرقبة زوالاً لازماً ، ثم عادت[2] إليه ، فوُجدت الصفة في الملك الثاني ؛ ففي وقوع العتق القولان المذكوران في عود الحنث في اليمين المعقودة بالطلاق إذا تخللت البينونة من غير استيفاء عدد ، فإنه تخلل في الموضعين حالةٌ [لو][3] فرض فيها وجود الصفة ، لما وقع الطلاق ولا العتاق .

وذكر **الأئمة** لتنجيز الطلقات الثلاث بعد التعليق نظيراً من العتاق ، فقالوا : إذا علق عتقَ عبد ، ثم نجّز إعتاقه ، ثم التحق بدار الحرب ، وكان كافراً [فسبي][4] ، وأُرقّ ، ورأينا إرقاقه ـ علىٰ تفصيل في السِّير ، سيأتي إن شاء الله عز وجل ـ فإذا عاد ملكاً لمن علّق عتقه ، فوُجدت الصفة ، ففي وقوع العتق ـ والحالة هـٰذه ـ ما في وقوع الطلاق إذا عَلَّق [به ، ثم][5] نجَّز الطلقات الثلاث ، ثم عادت إليه .

---

(١) زيادة لاستقامة الكلام .
(٢) ثم عادت إليه : أي الرقبة .
(٣) في الأصل : أو .
(٤) في الأصل : يسبىٰ .
(٥) في الأصل : ثم به .

ووجه التشبيه لائح ، فإنه إذا علقَ الطلاق ، ثم طلق ثلاثاً ، فقد نجز ما علق ؛ وإذا علّق عتق عبده ، ثم أعتقه تنجيزاً ، فقد/ نجّز ما علّق ؛ فإن العتق ليس مما يتعدد . ش ١٥

٨٧١٨ـ ومما يتعلق بأطراف المسألة : أنا إذا رأينا عَوْد الحنث ، فلو علق الطلاق في النكاح الأول ، ثم أبان زوجته ، فوُجدت الصفة في زمان البينونة ، فلا شك أن الطلاق لا يقع لمصادفة الصفة حالةً لو أنشأ الطلاق فيها تنجيزاً لَمَا وقع .

وإذا عادت ، ثم وجدت تلك الصفة في النكاح الثاني ؛ فالذي صار إليه **أئمة المذهب** : أن الطلاق لا يقع [وإن][1] فرعنا علىٰ عَوْد الحنث ، واعتلّوا بأن الصفة لما وجدت في زمن البينونة ، انحلت اليمين انحلالاً لم تصادف إمكان إعمال ، فانحلّت بلا عمل ، فإذا انحلت ، استحال أن يقع في النكاح الثاني شيء . ووجه ذلك أن اليمين لا تنعقد إلا مرة واحدة[2] . فإذا وجدت بعد المرة ، فقد زال متعلَّق اليمين ، وعسر الحكم بالصفة ، فكان موجب ذلك أن تنحل اليمين بلا خلاف .

وحكىٰ **العراقيون** عن **أبي سعيد الإصطخري** وجهاً أن اليمين لا تنحل ، لأن يمين الزوج معقودة علىٰ طلاق يُمْلَك في زمان يُتصور من فيه التنجيز والتنفيذ ، ويستحيل عقد اليمين بالطلاق علىٰ زمان البينونة ، وإذا لم تنعقد علىٰ زمان البينونة ، لم تنحل بما يقع في زمان البينونة . وهـٰذا متجه علىٰ مذهب **الشافعي** ، ولـٰكنه بعيد في النقل ، غيرُ معتد به .

ومما يتعلق بهـٰذا الأصل ؛ أن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق غداً ، ثم أبانها قبل الغد ، فانقضى الغد في البينونة ، ثم عادت ، فلا شك أن ذلك الطلاق المؤقت لا يقع . ولا يخرّج في هـٰذه الصورة وأمثالها مذهب **الإصطخري** ؛ فإن الوقت الذي علق الطلاق به ، قد انقضىٰ قبل النكاح الثاني ، فلا يتصور وجوده في النكاح الثاني ، حتىٰ نتكلم في وقوع الطلاق وعدم وقوعه ، وأما مذهب **الإصطخري** فيه إذا كان متعلق الطلاق صفةً يتصور وجودها في النكاح الثاني .

---

(١) في الأصل : فإن .
(٢) هنا سقطٌ في نسخة الأصل ـ وهي وحيدة ـ وقد ألحقه أحد مطالعي النسخة بالحواشي وهو نحو ورقة كاملة ، فالله المستعان علىٰ فك رموزه .

٨٧١٩ـ ومما يتعلق بأصل عَوْد الحنث ؛ أن الرجل إذا قال لامرأته : إذا بِنْتِ ونكحتكِ ودخلتِ الدار في النكاح الثاني ، فأنتِ طالق ، ثم بانت ونكحها ، فدخلت الدار ؛ فالذي ذهب إليه **أئمة المذهب** أن الطلاق لا يقع أصلاً . وإن فرّعنا علىٰ عَوْد الحِنث ؛ فإنه صرح بتعليق الطلاق في نكاح قبل انعقاده ، وهـٰذا لا يراه **الشافعي** ولا يسوّغه .

ومن أصحابنا من قال : يخرّج هـٰذا علىٰ قول عَوْد الحِنث ؛ فإن النظر إلىٰ وقوع المعلَّق في النكاح مع وقوع الصفة في النكاح ، وهـٰذا بعيدٌ مع التصريح بإضافة الوقوع إلى النكاح الثاني ، حتىٰ لا يفرضَ انحلال اليمين في النكاح الأول [هكذا أجروه][1] . والوجه أخْذه من عود الحنث بعد استيفاء الثلاث ؛ فإن الحنث ينطبق علىٰ ما يتجدد بالنكاح الثاني من مِلْك .

٨٧٢٠ـ ومما كان يفرعه **شيخي** في هـٰذا الأصل : أن الرجل إذا علق طلقة واحدة بصفة ـ وهو يملك الثلاث ـ ثم قال : نجّزتُ تلك الطلقة التي علّقتها ، فتنتجز الطلقة لا محالة . وهل ينحل التعليق ؟ هـٰذا ينبني علىٰ أنه إذا نجز الثلاث ، فهل ينحل التعليق حتىٰ لا يعود في النكاح الثاني ؟ فإن قلنا : لا ينحل التعليق ، فلا[2]/ معنىٰ [لحَلِّ][3] التعليق بالجهة التي ذكرناها .

فإن قلنا : ينحلّ التعليق لو استوفى الطلقات ، فإذا علق واحدةً ، ثم نجز واحدة ، وزعم أنها التي علقها ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن التعليق ينحلّ ، [ووجهه][4] بيّن .

والثاني ـ أنه لا ينحلّ ، ويبقى التعليق مرتبطاً بما بقي من الطلقات ؛ فإنه ما كان متعلقاً بطلقة معينة . ولا خلاف أنه لو علق طلقة ، ثم نجّز طلقة مُطْلَقة ، فالتعليق

---

(١) ما بين المعقفين تقدير منا علىٰ ضوء السياق ، امحت الكلمات ، أو كادت .
(٢) انتهى اللحق أو السقط ، وعدنا إلىٰ منتصف الورقة ١٥ ش .
(٣) في الأصل : لحمل .
(٤) في الأصل : ووجه .

لا ينحلّ ؛ فقوله : نجزت ما علّقت تصرّفٌ منه في فكّ التعليق ، وليس ذلك إلى المعلِّق .

هـٰذا تمام البيان في تمهيد أصل عَوْد الحنث ، ولهـٰذا الأصل تكرُّرٌ في الكتب علىٰ ما يليق بمقاصدها ، وفيما ذكرناه/ الآن مَقْنع . ي ١٦

٨٧٢١ـ وقد عاد بنا الكلام إلىٰ مضمون الباب . فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً : في كل سنة واحدةٌ ، رجعنا إليه ، فإن زعم : أنه أراد مُدَد السنين وتنكيرَها ، ولم يرد السنة المعروفة العربية [المستفتحة][1] بالمحرم ، فالجواب ـ ومراده ما وصفناه ـ أنه يقع في الحال طلقة ؛ لأنه يكون في سنةٍ لا محالة ، وقد أوقع الطلقات الثلاث في [ثلاث][2] سنين ، فلتقع كلُّ طلقة في سنة ، وموجب ذلك وقوعُ طلقة في الحال ؛ لأنه في سنة ، ولم يعلّق الطلقات الثلاث بانقضاء ثلاث سنين .

ثم إذا حكمنا بوقوع طلقة في الحال ؛ لأنه في سنة ، فلو راجعها ، وامتدّت عدة الرجعة بتباعد الحيضة ، أو امتداد زمان الحمل ، حتىٰ مضت اثنا عشر شهراً ؛ [فتقع عليها الطلقة الثانية ، فإن راجعها ، وطالت العدة إلى اثني عشر شهراً][3] أخرىٰ ، فيقع عليها الطلقة الثالثة ، فتلحقها الثلاث في أربعة وعشرين شهراً ولحظةٍ ، وهـٰذه اللحظة الزائدة : وقتُ وقوع الطلقة الثالثة . والوقتُ الذي وقع فيه الطلقة الأولىٰ محسوب من السنة الأولىٰ . وهـٰذا بيّن لا يخفىٰ دَرْكُ مثله على الفطن .

وما ذكرناه فيه إذا تمادت عدة الرجعية ، وارُتجعت المرأةُ علىٰ نظمٍ يقتضي وقوع الطلقات كما صورناه .

ش ١٦ فإن لحقها الطلقةُ الأولىٰ ، ولم يرتجعها ، وانقضت عدتها قبل مضي السنة/ الأولىٰ ، [وبانت][4] ، فإن نكحها ، فتمت اثنا عشر شهراً من يوم تلفظه بالطلاق

---

(١) في الأصل : المستحقة .
(٢) زيادة اقتضاها إقامة العبارة .
(٣) ما بين المعقفين زيادة اقتضاها استقامة العبارة ، وهي من عمل المحقق .
(٤) في الأصل : فأبت .

[وعَقْدِه][(١)] اليمين ، فهل تلحقها الطلقة الثانية ؟ فعلى القول الممهد في عَوْد الحنث . وقد قدمنا فيه الأقوالَ/ ، والترتيبَ البالغَ [الكافي][(٢)] ، والكلامُ في الطلقة الثالثة على ذلك يخرّج . [الحق ١٦ ش]

ولو لحقتها الطلقةُ الأولىٰ ، وانقضت عدتها في السنة الأولىٰ ، ولم يجدد عليها النكاحَ حتىٰ مضت السنة الثانية ، فقد انحلت اليمين في الطلقة الثانية ؛ [فإنه كانت نهايتها][(٣)] بانقضاء السنة الثانية . وليس هنا محل تخريج **الإصطخري**[(٤)] ، ـ بل هو كما لو قال لامرأته : أنت طالق غداً ، ثم أبانها قبل الغد ، وتصرّم الغد على البينونة ، ثم جدد النكاح ـ فلا[(٥)] يقع الطلاق ، [ثم هل يقع الطلاق][(٦)] الثالث لو امتدت العدة[(٧)] ، [وهل][(٨)] تنحل اليمين بمضي تلك اللحظة ؟ قلنا : لا تنحلّ ؛ فإن أمد الطلاق الثالث منتهٍ . غير أنا ابتدرنا[(٩)] الحكم بوقوعه لنحقق دخول الوقت ، وكل طلاقٍ أضيف إلىٰ زمانٍ ممتد إضافة الشيء إلىٰ ظرفه الزماني ، فإنه يقع في أول جزء منه . فإذا كانت المرأة بائنةً في الجزء الأول من السنة الثالثة ، لم يقع الطلاق .

---

(١) في الأصل : وعدّه .

(٢) كذا قرأناها علىٰ ضوء ما بقي من أطراف الحروف .

(٣) ما بين المعقفين قرىء بصعوبة بالغة علىٰ ضوء الظلال الباقية للكلمات . وعبارة العز بن عبد السلام : « فتنحلّ اليمين المعلقة بها » (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج٣ لوحة رقم : ١١٥ش) .

(٤) عبارة العز بن عبد السلام : فإن لم يتزوجها حتىٰ مضت السنة الثانية ، فتنحل اليمين المعلقة بها ، بوفاق الإصطخري . (ر . الغاية في اختصار النهاية : ٣ لوحة رقم١١٥ش) .

(٥) كذا قرأناها بصعوبة بالغة .

(٦) ما بين المعقفين زيادة اقتضاها السياق .

(٧) قوله : « ثم هل يقع الطلاق الثالث لو امتدت العدة . . . إلخ » مرتبط بما قبل العبارة المعترضة . والمعنىٰ أنه لو امتدت العدة حتىٰ دخلت في السنة الثالثة ، ومضت منها لحظة تسع وقوع الطلاق ، فهل يقع الطلاق الثالث بمضي تلك اللحظة ، أم تنحل اليمين .

(٨) في الأصل : فهل .

(٩) ابتدرنا الحكم بوقوعه : أي حكمنا بوقوعه إن قلنا بعود الحنث . لكن يعترض هنا أن المرأة لم تكن محلاً لوقوع الطلاق عند دخول السنة الثالثة .

فإذا نكحها[في أثناء السنة الثالثة ، فهـٰذا النكاح جرىٰ في أمد الطلاق الثالث][١] ثم إن قلنا : بعَوْد الحنث ، فكما[٢] نكحها ، طلقت ؛ فإن هـٰذا زمانٌ من السنة الثالثة ، وهو بمثابة ما لو قال لامرأته : أنت طالق غداً ، ثم أبانها ، فمضىٰ صدرٌ من الغد ، ثم جدد النكاح عليها في بقيةٍ من الغد ، ورأينا عود الحنث ، فالطلاق يقع كما[٣] ينكحها .

هـٰذا كله فيه إذا قال : أردت بقولي : في كل سنة طلقة ، تنكيرَ السنين ، ولم أُرد تعريفها بالسنين العربية .

٨٧٢٢ـ فإن قال : أردتُ **السنين العربية** ، طُلّقت في الحال طلقة ، لأنها تقع في سنةٍ عربية . وكلما أهلّ المحرم ، طُلقت طلقةً أخرىٰ . وقد تقع الطلقة [الأولىٰ][٤] في آخر لحظة من السنة ، وتقع الثانية في اللحظة الأولىٰ من السنة ؛ فتلحقها طلقتان في لحظتين . والفرق بين [هـٰذه][٥] المسألة وبين الأولىٰ مستبين ؛ فإن المسألة الأولىٰ مقتضاها تقدير السنين من وقت نطقه ، فانتظم ذلك الترتيب علىٰ ما مضىٰ ، وهـٰذه المسألة مبنية علىٰ ما يقع من السنين العربية ، لا علىٰ ما يقدره الحالف .

والغرض التام في ذلك يتّضح بذكر مسألة واستغراب ، وجوابٍ عنه .

فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً في كل يوم طلقة ، [فإن][٦] قال ذلك وهو في يوم ، فتقع واحدة في الحال/ ، وتقع الثانية كما[٧] طلع الفجر في اليوم الثاني ، ولا يتوقف الوقوع علىٰ أن ينتهي في اليوم [الثاني][٨] إلى الوقت الذي انعقد فيه اليمين في اليوم الأول . وإن قال : أردت تنكير اليوم ، فالجواب كذلك . فإن قيل : هلا

اهـ اللحق]

---

(١) ما بين المعقفين انمحىٰ تماماً أو كاد ، وقدّرناه علىٰ ضوء المعنىٰ وظلال الكلام وآثاره الباقية .
(٢) فكما : أي عندما .
(٣) كما ينكحها : أي عندما ينكحها .
(٤) في الأصل : الأخرىٰ .
(٥) زيادة لإقامة الكلام .
(٦) زيادة اقتضاها السياق .
(٧) كما : بمعنىٰ عندما .
(٨) في الأصل : الأول .

حسبتم بعد وقوع الطلاق [زمانَ][١] يومٍ : مثلاً يقع الطلاق في وقت الزوال ، فيتربص إلى انتهاء اليوم الثاني إلىٰ وقت الزوال . وهٰذا في التحقيق مضي يوم مضىٰ شطره أمس ولم [يمض][٢] مقدار يوم في اليوم الثاني ؟ قلنا : سبب ذلك أنه إذا علّق الطلاق باليوم وجعله ظرفاً ؛ فإذا قال : في كل يوم ، فكما[٣] طلع الفجر شرعت في جزء من أجزاء اليوم ، وليس كذلك السنة المنكرة ؛ فإنها تطلق على اثني عشر شهراً . فإذا نظر الناظر إلىٰ مسألة الأيام ، ومسألة السنين المنكرة ، ابتدر اعتقاد الفصل بينهما ، ثم تعسر العبارة عن مكنون الضمير . ويُستنكر أمثالُ ذلك في مسائل الطلاق ؛ فيقع الاعتناء بتَرْصيف العبارة ، وتطبيقها على المعنىٰ .

ونحن نقول : السنة تنكر ، وتعرّف ، فيقال : أقبلت السنة إذا قرب هلال المحرم ، واليوم يعرّف وينكّر . وليس يبعد اعتقاد التبعيض فيه أيضاً ؛ فإن الرجل إذا قال لامرأته وقت الزوال : إذا مضىٰ يومٌ ، فأنت طالق ، فلا تطلّقُ حتىٰ تغرب الشمس ، ويدخلَ اليومُ الثاني ، وينتهي إلىٰ وقت الزوال .

ولٰكن الألفاظ المطلقة في الأيام ظاهرةٌ في الأيام المعرفة . والسنين المطلقة ليست ظاهرةً في السنين العربية ؛ فإنّ تعرّف الأيام أظهرُ من تعرف السنين ؛ كيف ؟ وطبقات الخلق على اختلافٍ في تعريف السنين ، ولسنا علىٰ توقيفٍ حاقّ في تعريف السنين العربية ، فكان قولُ القائل : أنت طالق ثلاثاً في كل سنة طلقةٌ ظاهراً في احتساب السنة المنكرة من وقت القول ، وقول القائل : « في كل يوم » ظاهرٌ في اليوم المعروف ؛ حتىٰ يُعدَّ احتسابُ يوم من يومين في حكم الشاذ ، الذي [يلتبس][٤] الفكر عليه ، إذا لم يُرِد[٥] .

---

(١) في الأصل : أزمان .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) فكما : أي عندما .
(٤) في الأصل : يلتمس .
(٥) من أراد يريد .

٨٧٢٣ـ [و][١] هٰذا يتبين **بمسألتين** : **إحداهما** ـ أنه إذا قال : أنت طالق ثلاثاً في كل سنة طلقة ، فراجعناه في قصد التعريف والتنكير ، فزعم أنه لم يكن له قصد ، فهٰذا عندنا ملتحق بمسائلَ ستأتي في الطلاق ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ مستندةً إلىٰ قاعدةٍ لا سبيل إلى الخوض فيها الآن ، ولٰكنا ننجز الجواب والفتوىٰ علىٰ حسبها ، فنقول : إذا زعم أنه أطلق اللفظ ، ولم ينو تنكيراً ولا تعريفاً ، ففي المسألة **وجهان أخذاً من كلام الأئمة في قواعد الطلاق** : **أحدهما** ـ لفظه يحمل على/ التنكير ؛ فإن إطلاق الرجل قولَه سنة من غير تعريف محمول علىٰ سنة يضعها [ويعتبرها][٢] من تلقاء نفسه . هٰذا هو الغالب في حكم الإطلاق .

ش ١٧

والوجه الثاني ـ يحمل على السنة العربية ؛ فإنه لا تعريف في كلامه . وقد يترجح أحد القولين على الثاني بمصادفته التعريف الشرعي .

وإذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً في كل يوم طلقة ، وزعم أنه لم ينو تعريفاً ولا تنكيراً ، فهٰذا محمول على اليوم المعرّف بلا خلاف ؛ [فإنه][٣] المفهوم السابق إلى الأفهام ، ومبتدأُ الأيام منفصلةٌ في الصورة بتخلل الليالي .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً في كل يوم طلقة ، وزعم أنه أراد تكميل اليوم الذي كان فيه بساعات اليوم الآتي ، فهو إن صدق في حكم الله تعالىٰ محمول علىٰ حكم نيّته [تديّناً][٤] . وإن قال : فاقبلوه مني ظاهراً ، فهل [يحمل][٥] علىٰ هٰذا ظاهراً ويقبل قوله ؟ فعلىٰ **وجهين** سيأتي أصلهما ، إن شاء الله عز وجل : **أحدهما** ـ أنه يقبل ، لظهور الاحتمال مع النية ، ولا مطمع في تمهيد هٰذه القواعدِ بعدُ ، ومقدار غرضنا الآن إظهار الفرق بين السنين والأيام ، وقد لاح علىٰ أبين الوجوه ، والحمد لله رب العالمين .

---

(١) الواو زيادة اقتضاها للسياق .
(٢) في الأصل : « ويغيرها » .
(٣) في الأصل : فإن .
(٤) في الأصل : بيّناً .
(٥) في الأصل : محمل .

٨٧٢٤ـ وإذا قال : أجرتك هـٰذه الدار ثلاثَ سنين ، فابتداء المدّة من وقت العقد ، وإذا قال : أجرتكها ثلاثة أيام ، وأنشأ العقد وقت الزوال ، استكملنا الأيام بالتلفيق كالسنين ، ولا فرق/ بين السنين والأيام في ذلك ، والسبب فيه ارتباط الإجارة ١٨ي باستغراق المدة في الموضعين ، والطلاق إنما يقع في أوقاتٍ من السنين والأيام .

وهـٰذا تمام الغرض .

* * *

باب
الطلاق قبل النكاح

قال الشافعي رحمه الله : « ولو قال : كلُّ امرأة أتزوجها فهي طالق. . . إلىٰ آخره »(١) .

٨٧٢٥ـ إذا قال الرجل لأجنبية : إن نكحتك ، أو إذا نكحتك ، فأنت طالق . فهٰذا التعليق قبل النكاح لغوٌ ، وإذا نكحها ، لم تطلق .

وإذا قال : كل امرأة أنكحها ، فهي طالق ، فقوله لغو . وقاعدةُ المذهب أن التعليق تصرفٌ من مالك الطلاق في الطلاق [بما](٢) يقبله الطلاق من التعليق ، فإذا لم يملك الطلاقَ ، [كان](٣) تصرفه فيه لغواً . وقال **أبو حنيفة**(٤) : التعليق إذا أضيف إلى النكاح علىٰ [الإطلاق](٥) أو على التعيين في مخاطبة واحدة ، صح ، وإذا فرض النكاح عَمِل .

وقال **صاحب التقريب** : تردد جواب **الشافعي** في **القديم** ، ونقل من كلامه [ما يدلّ](٦) علىٰ أن قوله في **القديم** مثلُ مذهب **أبي حنيفة** ، وتارة ينقل قولاً [بعيداً](٧) وتارة ينقل تردداً ، وقد يقول : الطلاق لا يعلّق قبل النكاح في المشهور من قوله ، والصحيح من مذهبه .

ش١٨ وهٰذا لم أره إلا/ في طريقته ، فنقلته علىٰ وجهه ، وتعرضت لصيغ كلامه ،

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٥٦ .
(٢) في الأصل : ما .
(٣) في الأصل : وكان .
(٤) ر . تحفة الفقهاء : ٢/ ٢٩٤ ، والمبسوط : ٦/ ١٢٩ .
(٥) في الأصل : الطلاق .
(٦) في الأصل : وما يدل .
(٧) في الأصل : معبداً .

ولا عَوْدَ إليه ، والمسألةُ [خلافية][(١)] مشهورة .

٨٧٢٦ـ وقد أجرىٰ **الأئمة** فيها مسائلَ مذهبيةٍ ، ونحن نذكرها ونستعين بالله تعالىٰ .

فمنها أن العبدَ يملك علىٰ زوجته طلقتين ، فلو علق الطلقة الثالثة مع الطلقتين ، فقال لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً ، ثم عَتَق ، ودخلت المرأة الدار بعد العتق ، ففي وقوع الطلقة الثالثة **وجهان** : **أقيسهما** ـ أنه لا يقع ، تخريجاً علىٰ [القاعدة][(٢)] التي ذكرناها معتمداً في المذهب ، وذلك أنه علق الثالثة في وقت كان لا يملكها ، فلزم إلغاء تعليقه .

والوجه الثاني ـ أنه يقع ؛ فإنه لما علّق ، كان مالكاً للنكاح ، فصدر تعليقه عن ملك مستقىً عن ملك الأصل ، وشبه بعض الفقهاء هـٰذا بالإجارة ، فإنها تصدر عن مالك الرقبة ، والمنافعُ [مستجدةٌ شيئاً فشيئاً][(٣)] .

وهـٰذا تكلف ، فإن الإجارة أُثبت أصلها للحاجة ثم [المنافعُ][(٤)] تترتب خِلقةً ووجوداً ، فجعلت كالموجود ، وأما العتق[(٥)] ، فإنه ليس مما يُقضىٰ بوقوعه ، بل هو متوقع ، ولو قيل : الغالب دوام الرق ، لكان سديداً .

٨٧٢٧ـ ومنها أن الرجل إذا قال لأمته : كل ولدٍ تلديه ، فهو حر ، وكانت حائلاً فعلقت بولدٍ بعد التعليق ، فإذا ولدته ، فهل ينفذ العتق فيه ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا ينفذ ؛ لأن الولد لم يكن موجوداً حالة التعليق .

والثاني ـ أنه ينفذ العتقُ لصَدَره عن مالك/ الأصل ، والعتق أولىٰ بالنفوذ في هـٰذه المسألة من الطلاق الثالث في مسألة العتق ؛ لأن من ملك الأصلَ ، فذلك يملّكه الولدَ ، وملك العبد النكاحَ لا يملّكه الطلاقَ الثالث . ١٩ ي

ثم إذا نفذنا العتق والطلاقَ في المسألتين ، فلا حاجة إلىٰ إضافة الطلاق إلىٰ حالة

---

(١) في الأصل : الخلافية .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) عبارة الأصل محرفة هـٰكذا : مستوحد شيا .

(٤) في الأصل : النافع .

(٥) المراد عتق العبد الذي علق ثلاث طلقات .

الملك ، بل يكفي أن يقول العبد : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً ، ثم يعرضُ العتق ويكفي أن يقول لأمته : إذا ولدت ولداً ، فهو حر ، ولا حاجة أن يقول : إذا ولدت ولداً في ملكي .

٨٧٢٨ـ ومنها كلامٌ في النذر ، فإذا قال الرجل : إن شفى الله [مريضي][1] فلله عليّ إعتاقُ عبدٍ ، فإذا شفي المريض ، [لزم][2] الوفاء بالنذر وإن لم يكن في ملكه عبدٌ حالة النذر ، والسبب فيه أن التعويل في هـٰذا النذر على الالتزام المطلق في الذمة ، والديون كذلك تلزم الذمم ؛ فإنها لا تتعلق بالأعيان ، وإذا كنا نحتمل هـٰذا في أثمان البياعات مع بعدها عن قبول الأغرار ، فلا بعد فيها في النذور القابلة للمجاهيل ، وضروب الأغرار .

ولو قال : إن شفى الله مريضي ، فلله علي أن أعتق عبداً إذا ملكته ، فهـٰذا صحيح ؛ فإن النذر علىٰ هـٰذا التقدير يُلتزم ، وعلىٰ هـٰذا الوجه يُفرض الوفاء به .

ولو قال : إن شفى الله مريضي ، فلله علي أن أعتق عبدَ زيدٍ هـٰذا إن ملكتُه ، فقد اختلف **أصحابنا** : فمنهم من قال : النذر يبطل/ ؛ فإن معتمده التصرفُ في ملك الغير قبل ملكه ، فيبطل ، كما بطل تعليق العتق والطلاق قبل الملك . ش ١٩

والوجه الثاني ـ أنه لا يبطل ؛ لأن معتمد النذر الذمة ، والذمة مملوكة للملتزم ، والطلاق يتمحض إيقاعاً في العين ؛ فإذا لم [يملك][3] العين ، لغا تصرّفُه فيه .

٨٧٢٩ـ وإذا قال : [أوصيت][4] لفلان بألف درهم ، وكان لا يملك إذ ذاك حبة ، ثم ملك ما يفي بالوصية ، فالمذهب تصحيح الوصية ، كما لو نذر نذراً مطلقاً وهو لا يملك شيئاً . وأبعد بعض **أصحابنا** ، فأبطل الوصية بأنها ليست التزاماً في الذمة ، والنذر التزامٌ ، فكان المنذور ديْناً .

---

(١) في الأصل : مرضي .
(٢) في الأصل : ولزم .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) في الأصل : أرضيت .

والذي عليه التعويلُ التسويةُ بين البابين ؛ فإن الوصية تقبل من الإطلاق ما يقبله النذر ، فمطلَقُها وإن لم يكن ديناً كمطلَق النذر [إن][(١)] كان ديناً . وإذا استويا في قبول الإطلاق والمطلق لا يرتبط بالعين ، فلا فرق في الغرض المقصود .

وإذا قال : لو ملكت عبد فلان ، فقد أوصيت لك به ، ففي الوصية **وجهان** : **أحدهما** ـ أنها لا تصح ، لوقوعها في عينٍ غير مملوكة ، فكانت كتعليق العَتاق والطلاق قبل الملك .

والثاني ـ تصح ، لأن الوصية مبناها على الغرر والخطر ، ونفوذها في وقت زوال ملك [الموصي][(٢)] ، وكان **شيخي** يقول : إذا صححنا الوصية مضافة إلى العين ، وصححنا النذر مضافاً إلى العين ، فشرطهما/ أن يقيّدا بتقدير الملك ، فيقول الناذر : ٢٠ ي إن ملكت هـٰذا العبدَ ، ويقول الموصي إن ملكتُ هـٰذا العبدَ ، فلو وجه الناذر علىٰ عبد الغير مطلقاً فقال : لله عليّ أن أعتق هـٰذا العبد ، ووجه الوصية كذلك علىٰ ملك [الغير][(٣)] فالنذر والوصية باطلان .

والظاهر عندنا ما ذكره . وإذا سلم الخائضُ في المسألة الوصيةَ والنذرَ المتعلقين بالعين ، ورتب عليه اشتراطَ الإضافة إلى الملك عسُر عليه الكلام في المسألة .

٨٧٣٠ـ وإذا قال : إن تزوجتُ فلانة ، فقد وكلتك في طلاقها ، فالوجه القطع ببطلان الوكالة ؛ فإنه تصرفٌ في الطلاق قبل الملك ، وقد اختُلف في أن الوكالة هل تقبل التعليق ، والطلاقُ قابلٌ للتعليق ، فإذا لم يجز تعليق ما يقبل التعليق قبل النكاح ، فكيف تصح الوكالة ؟

ولو قال : وكلتك في بيع عبد فلان أو عتقه إذا ملكتُه ، وفي طلاق فلانة إذا نكحتُها ، ثم ملك ، ونكح ، ففيما نُقل عن **القاضي وجهان** في هـٰذا .

---

(١) في الأصل : وإن .
(٢) في الأصل : الوصي .
(٣) في الأصل : العين .

[والوجه][1] عندي القطع بالفساد ؛ فإن الوكالة لا يصح تنجيزها ، والتصرف غير ممكن ، فلا فرق في المعنىٰ بين هـٰذه الصورة [والصورة][2] الأولىٰ .

* * *

(١) في الأصل : فالوجه .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .

باب
مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها/

٢٠ ش

قال الشافعي رضي الله عنه : « ولو قالت له امرأته : إن طلقتني ثلاثاً ، فلك عليّ مائةُ درهم ، فهو كقول القائل : بعني ثوبك هـٰذا بمائة درهم. . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٧٣١ـ هـٰذا الباب غمرة الخلع ، وفيه خاصيته ومعظمُ مسائلِه ، وسبيلنا أن نصدّره بذكر قاعدة الخلع وطباعها ومبناها في الاشتراك والتمحض ؛ حتىٰ نتخذَها أصلاً متبوعاً ، ومتعلَّقاً مرجوعاً ، وسنبين ما يجري من المسائل على السَّنَن ، وما يميل بعض الميل من الشواذ .

قال **الأئمة** : الخلع إن حكمنا بكونه فسخاً ، فهو محمول علىٰ حقيقة المعاوضة من الجانبين ؛ فإنه فسخٌ بمالٍ ، وليس كالفسوخ التي تَرِدُ على العقود الأُخر إذا[٢] حكمنا [بارتداد][٣] الأعواض من غير ذكرٍ لها ، والخلع إذا جعلناه فسخاً لا يَرِد على العوض المسمىٰ في العقد ، وإنما يرد علىٰ بدلٍ جديد ، كما سبق تقريره ، وإذا كان فسخاً في نفسه ، [حلّ][٤] محل حقيقة المعاوضة حتىٰ لا يقبَل التعليقَ . وهـٰذا الباب العظيمُ القدر ليس موضوعاً لقول الفسخ ؛ فإن المسائل تتشعب من الطلاق على المال .

٨٧٣٢ـ ونقول قبل الخوض في تمهيد القاعدة : في لفظ (**السواد**)[٥] إشكال ، **فإن الشافعي قال : « إذا قالت : إن طلقتني ثلاثاً ، فلك مائة درهم ، فهو كقول الرجل**

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٥٧ .
(٢) إذا بمعنىٰ : « إذ » .
(٣) في الأصل : ارتداد .
(٤) في الأصل : حالاً .
(٥) السواد : المراد به مختصر المزني .

ي ٢١ بِعْني ثوبك هـٰذا بمائة درهم » وهـٰذا التشبيه فيه اشتباه ؛ فإن قول الرجل : « بعني »/ ليس علىٰ صيغة التعليق ، وإنما هو التماس إيجاب ، وقول المرأة : « إن طلقتني » تعليق منها ، فكيف يتشابهان ؟ ولو قال الرجل : « إن بعت مني » فهـٰذا اللفظ فاسدٌ ، لا ينعقد به البيع . فنقول : غرض **الشافعي** تشبيهُ أحد البابين بالثاني في وقوعهما التماساً بعوض ، ثم يقع الالتماس في كل باب علىٰ ما يليق به ، فالبيع لا يقبل التعليق ، فلم يَلِقْ به [إلا][1] الاستدعاءُ الجازم ، والخلع يتطرق إليه التعليقُ ، فيقبل الاستدعاءَ بصيغة التعليق ؛ فإذاً قصدُه المقابلة بينهما في المعنىٰ لا في الصيغة .

٨٧٣٣ـ ونحن نبتدىء بعد ذلك قاعدةً تبين حقيقة الخلع ووضعَه من جانب الزوج وجانب المرأة ، والكلامُ في الطلاق على المال ، أو التفريع علىٰ أن الخلع طلاق .

[فالخلع][2] إذاً طلاق مقابَل بعوض ، وهو في جانب الرجل ينتمي إلى التعليق والمعاوضة ، والخلع في جانبها معاوضة نازعةٌ إلى الجعالة ، ثم من حيث اشتمل الخلع في [جانب][3] الرجل على الطلاق [واستيداء][4] البدل والمال ، تطرق إليه حكم التعليق في الطلاق ، ومعنىٰ تطرقه إليه أنه قد يجري في مسائل الخلع موجب تعليق الطلاق ، ومن آثاره على الإجمال ، ألا يفرض الرجوع [عنه][5] ؛ فإن من علق الطلاق ، ثم رام الرجوع عن تعليقه ، لم يجد إلىٰ ذلك سبيلاً .

وقد يتفرع في جانب الزوج حكم المعاوضة ، حتىٰ يثبت له الرجوع عن قوله ، كما ش ٢١ إذا قال الرجل لمن يخاطبه : بعتك عبدي هـٰذا بألفِ درهم/ ، ثم رجع عن قوله قبل أن يجيبه المخاطَب ، فالرجوع يثبت ، ولا ينعقد العقد بما يفرض من القبول بعد تقرير الرجوع عن الإيجاب .

فهـٰذا معنىٰ قولنا : الخلع في جانبه يعتزي إلى التعليق وإلى المعاوضة ، وليس من

---

(١) زيادة من المحقق ، لا يصح الكلام إلا بها .
(٢) في الأصل : والخلع .
(٣) زيادة لاستقامة العبارة .
(٤) في الأصل : « واستبدال » . وهو تحريف مضلّل .
(٥) في الأصل : إليه .

حق المنتهي إلىٰ هـٰذا الفصل أن يعتقد تبيّن المقصود منه جزءاً جزءاً علىٰ طباع سائر الفصول ، بل ينبغي أن يعلم أن تمام البيان فيه موقوف علىٰ نجازه ، وسبيلُ التدريج إليه إطلاق [الأصول][1] على الإجمال ، ثم بيانها موقوف على انقضاء الفصل .

٨٧٣٤ـ وذكر **الأئمة** أن الخلع في جانبها معاوضة ، وزاد **المحققون** أنها معاوضة نازعةٌ إلى الجعالة ، ثم قد يجري لها لفظ التعليق في استدعاء الطلاق ، بأن تقول : إن طلقتني ، فلك ألف ، فإن ظن المبتدىء الفطن أن هـٰذا يناقض ما قدمناه من اختصاص التعليق بجانب الرجل ، قلنا له : لسنا ننكر جريان صيغة التعليق في جانبها ؛ فإن صيغة التعليق تجري في الجعالات ؛ إذ يقول القائل : إن رددت عبدي الآبق ، فلك كذا كذا ، وهـٰذا سائغ .

والغرض من الفصل بين الجانبين أن جانب الزوج يشتمل علىٰ تعليق الطلاق ، وقد يجري علىٰ صيغة لا يُفرض الرجوع عنها ، وليس في جانبها تعليقٌ [لا يفرض][2] الرجوع [عنه][3] ؛ فإنها إذا قالت : إن طلقتني ، فلك ألفٌ ، ثم قالت : رجعت عما قلت ، [فإذا][4] طلقها ، لم يلزمها شيء ، ويقع الكلام في/ أن الطلاق هل يقع أم لا ؟ ٢٢ ي

[و][5] نفصله في المسائل ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو قال الرجل : إن أعطيتِني ألفاً ، فأنت طالق ، ثم قال على الاتصال قبل أن تعطيه : رجعتُ عما قلت ، لم يكن لرجوعه حكمٌ ، فالنفي والإثبات في التعليق راجع إلىٰ ما ذكرناه من قبلُ : إنّ في جانب الزوج الطلاقَ ، يعلّقُه علىٰ وجه لا يملك الرجوع عنه ، وليس في جانبها الطلاقُ ، وإنما في جانبها سؤال الطلاق ، فالتطليق بالمال يكون في معنى التعليق ، وسؤال الطلاق في معنى الجعالة .

فلا يمتنع جريان صيغة التعليق من الجانبين ؛ فإن صيغة التعليق تجري في الجعالة

---

(١) في الأصل : الأصلال . وهو جمع غريب لكلمة أصل .
(٢) في الأصل : ولا يفرض .
(٣) في الأصل : عنها .
(٤) في الأصل : وإذا .
(٥) (الواو) زيادة من المحقق .

والطلاق ، وأما الرجوع ، فقد يمتنع من جانب الزوج ؛ لأنه [تعليق للطلاق][(١)] إن عَلّقَ ، وتعليق الطلاق لا يقبل الرجوع . [والتعليق][(٢)] في جانبها يقبل الرجوع ؛ فإنها تسأل الطلاقَ بمالٍ ، وسؤال الطلاق يقبل الرجوع .

٨٧٣٥ـ ثم جَمَع الحذاق مسائل متفنّنةً ، يثبت في بعضها حكمُ المعاوضة في جانب الزوج ، ويثبت في بعضها حكمُ التعليق المحض ، ويجتمع في بعضها حكم التعليق والمعاوضة ، [و][(٣)] إذا أطلقنا التعليق في أثناء الكلام بعد هـٰذا ، عنينا تعليقَ الطلاق الذي لا يقبل الرجوع ، فنأتي بالمسائل ، ثم نذكر بعدها وجهَ التحقيق ، ثم نذكر تحقيق الكلام في جانبها ، ونخوض بعد الانتجاز في مسائل الباب فنبدأ بجانبه/ ش ٢٢ فنقول :

المعاوضة تُغلَّب في الحكم ؛ فإن الرجل إذا قال لامرأته : طلقتك علىٰ ألف . أو قال : أنت طالق علىٰ ألف ، فلو أراد الرجوع وصيغة لفظه علىٰ ما ذكرناه ، صح رجوعه ، فلو قبلت بعد ذلك ، فلا حكم لقبولها ، والنكاح قائم ، وما تقدم من لفظ الطلاق ينتقض [برجوعه][(٤)] وهـٰذا من أحكام المعاوضة ، فالخلع إذاً في جانبه فيما ذكرناه ينزل منزلة البيع ؛ فإن من قال : بعت عبدي بألفٍ ، ثم رجع قَبْل القبول ، انقطع الإيجاب بالرجوع .

ومما يثبت في أحكام المعاوضة أنه يختص القبول بالمجلس كما في البيع .

ومنها أنه إذا قال : طلقتك ثلاثاً علىٰ ألف ، فقالت : قبلت طلقة بثلث ألف ، فلا يصح ذلك ، ولا يقع شيء ، كما لو قال : بعتك هـٰذا العبد بألف فقال المخاطب : قبلت البيع في ثُلثه بثلث ألف ، فلا يصح البيع ؛ لاختلاف الإيجاب والقبول .

فهـٰذه مرامز توضّح أنه قد يثبت حكم المعاوضة في جانبه .

---

(١) في الأصل : تعلّق الطلاق .
(٢) في الأصل : والتعلّق .
(٣) (الواو) مزيدة من المحقق .
(٤) في الأصل : رجوعه .

٨٧٣٥/م ـ وقد يغلب التعليقُ في مثل قوله: متىٰ ما أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، أو متىٰ شئت ، فأنت طالق . أو متىٰ ما ضمِنتِ ألفاً ، فأنت طالق . فأحكام التعليق تتمحّض في هـٰذه [الصور][1] ؛ فإن الزوج لو أراد رجوعاً وألفاظه ما ذكرناه ، لم يمكنه ، وهـٰذه من مقتضيات التعليق في التطليق ، ولا تختص أحكام هـٰذه المسائل بالمجلس ، فلو أعطت ، وضمنت ، أو شاءت/ بعد انفصال المجلس ، حكمنا بوقوع الطلاق ، كما لو قال : متىٰ ما دخلت الدار ، فأنت طالق ، فلا رجوع ، ولا اختصاص بزمانٍ ، ولا حاجة إلىٰ قبولٍ من جهتهما . وهـٰذا من موجبات التعليق . ٢٣ ي

٨٧٣٦ـ وقد تجري مسائلُ [يجتمع][2] فيها حكم التعليق والمعاوضةِ جميعاً : فإذا قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، أو إن ضمنتِ ألفاً ، فأنت طالق ، وإن شئت ، فأنت طالق علىٰ ألف ، فيثبت في هـٰذه الألفاظ حكم التعليق وحكم المعاوضة ، أما حكم التعليق ، فلا يملك الزوج الرجوعَ علىٰ قياس تعليقه الطلاق ، ولا حاجة إلىٰ قبولها لفظاً علىٰ حسب قبولها المخالعة المطلقة المعقودة علىٰ [نحو][3] صيغة التعليق . فإن كان التعليق بالإعطاء ، فهو فعلٌ ، فإن أتت به ، وقع الطلاق . وإن كان معلّقاً بالضمان أو المشيئة ، فلا بد من اللفظ ، وضمانها ومشيئتها تحقيق لصفة التعليق ، وليس في معنىٰ قبول المخالعة المطلقة التي ينزل القبول في مثلها منزلة القبول في البيع .

وممّا يَثبتُ مضاهياً لأحكام المعاوضات في هـٰذه المسائل الأخيرة أنا نشترط أن يتحقق متعلّق الطلاق على الفور في زمان اتصال القبول بالإيجاب، فإذا قال: إن أعطيتِني، فليقع الإعطاء على الفور ، ولو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فلا فور .

فهـٰذه تنبيهات ، والتحقيق بين أيدينا .

٨٧٣٧ـ ومما رأيت إثباته هاهنا سؤالٌ وحكايةُ/ جوابٍ ، وهـٰذا قضّيتُ العجبَ ٢٣ ش

---

(١) في الأصل : الصورة .
(٢) في الأصل : مجتمع .
(٣) في الأصل : « نجر » كذا بهـٰذا الرسم وهـٰذا النقط .

منه ، **ولست [أثبته][(١)] لأنقص به أحداً ، فإنما غرضي منه التنبيهُ على الوجه الفاسد ،** حتىٰ إذا أعقبتُه الوجهَ الحق ، استفاد الناظر مُدركَ الحق ؛ فالتزمه ، ومسلكَ الباطل فاجتنبه .

قال من لا أعدل به أحداً من بني الزمان[(٢)] : سألت القاضي ـ **وهو على التحقيق حَبْر المذهب** ـ لِم غلّبنا في بعض هـٰذه المسائل حكمَ المعاوضة ؟ وغلّبنا في بعضها حكمَ التعليق ؟ وأثبتنا الأحكام على الاشتراك في بعضها ؟ وحكىٰ في جوابه : أنه قال :

« لما اشتمل الخلعُ من جانبه على التعليق والمعاوضة ، وفَّرنا على الأصلين حُكْمَيْهما » .

فعاد السائل مُباحثاً ، وقال : لم أثبتنا حكم المعاوضة حيث أثبتنا ، ولم أثبتنا حكمَ التعليق حيث أثبتنا ، وحكىٰ من جوابه : « أنه لما ثبت الشبهان ، ولم يترجح أحدهما على الثاني ، فلا معاب في إثبات الحُكْمين » .

ثم عاد السائل قائلاً : هلا عكسنا ، فأثبتنا حكمَ التعليق حيث أثبتنا حكم المعاوضة ، وأثبتنا حكم المعاوضة حيث أثبتنا حكم التعليق ، وحكىٰ من جوابه : « إنا لو فعلنا ذلك ، لتوجه السؤال كما توجه الآن ، وتسلسل الكلام » .

ولا أدري علام نعمل هـٰذه المفاوضة وما فيها من السؤال والجواب ، وهي مبنية علىٰ أن ما أثبتنا من أحكام المعاوضة وأحكام التعليق في المواضع التي [ذكرناها][(٣)] [إنما تحكّمنا بها وبتعيين][(٤)] محالها ؟ وسببُ/ جمعنا لها اشتمال الخلع على التعليق والعوض ، ثم انبنى الجواب الأخير علىٰ هـٰذا العقد ؛ إذ قال : لو [قلبنا][(٥)] الأمر ، لكان السؤال علىٰ هـٰذا النسق ، وكيف يسوغ أن يعتقد الجواب التحكُّم في دين الله من غير ثبتٍ ودليلٍ يقتضي تخصيصَ كل حكم بمحله ؟ ولست أحمل ذلك إلا على الوهن

ي ٢٤

(١) في الأصل : أثبت .
(٢) لما يترجح عندنا بعدُ من يعنيه الإمام هنا .
(٣) في الأصل : ذكرناهما .
(٤) في الأصل : إنما تحكما بها .
(٥) في الأصل : قلنا .

وزيادات الكلام التي لا يحتفل بها ، ولا تعد من الأصول ، وقد لا يخلو عنها كلام المحققين .

٨٧٣٨ـ ونحن نقول والله المستعان ، وعليه التكلان : الخلع في جانب الرجل طلاقٌ علىٰ مال ، أثبته على الصيغة المتهيئة للمعاوضات المحضة ، يثبت فيها أحكام المعاوضة من جواز الرجوع ، والاختصاص بالمجلس ، وامتناع وقوع الجواب مخالفاً للإيجاب ، وذلك إذا قال : خالعتك أو طلقتك علىٰ مالٍ يذكره ويسميه ، فإذا وقع اللفظ كذلك ـ والمعاوضة المحضة ليس فيها صيغة التعليق ـ غلب حكم المعاوضة .

وإن قال : متىٰ ما أعطيتِني ألفاً ، فأنت طالق ، فقد جاء بصيغة التعليق ، وبعُد [الفرضُ][1] من المعاوضة المحضة ، فتثبت أحكام التعليق ، التي منها : امتناع الرجوع ، وعدم اشتراط القبول ، وعدم التخصص بالمجلس ، وقُرب الزمان ، [و][2] المتبع في ذلك صيغة اللفظ ، فما كان تعليقاً امتنع الرجوع/ ، ولأجله لم يفتقر إلى القبول ، ولم يختص بزمان ؛ لأن قوله « متىٰ ما » يتضمن التصريحَ بهـٰذا الزمان ، فقد جرت هـٰذه الأحكام علىٰ موجَب صيغة اللفظ .
٢٤ ش

وإذا قال : « إن أعطيتني » ، فهـٰذا تعليق ؛ فامتنع الرجوع عنه ، ولـٰكن قول القائل : إن أعطيتِني ليس صريحاً في هـٰذا الوقت ، ولا ينكر صلاحيته للزمان المتراخي والزمان المتصل ، فلما تقابل الاحتمالان ، وفي اللفظ ذكر العوض ، والمعاوضةُ تقتضي الفور ، غلّبنا أحدَ الاحتمالين لذلك ، فجرىٰ هـٰذا مأخوذاً من اللفظ ومعنى المعاوضة ، ولـٰكن كان اللفظ صريحاً في التعليق ، فامتنع الرجوع وتردد في الزمان [متردِّدٌ مردِّداً][3] أحد الاحتمالين بموجب المعاوضة .

هـٰذا مبنى الاشتراك ، وإذا استندت هـٰذه الأحكام إلىٰ موجَبات الألفاظ ، فأي حاجة إلىٰ هـٰذا التردد الغث الذي حكيناه في الجواب ؟

---

(١) في الأصل : الغرض . وقدّرنا صحتها بالفاء (الفرض) ؛ لأن المعنىٰ فرضُ المسألة وتصويرها .

(٢) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) عبارة الأصل : « وتردد في الزمان متردداً أحد الاحتمالين » .

٨٧٣٩ـ فإن قيل : لم جوزتم ترديد هـٰذه العبارات ، ثم رتبتم على الألفاظ مقتضياتها ؟ قلنا : فيما مهدناه جوابُ هـٰذا ؛ فإن الخلع لما كان طلاقاً بمال ، فإلى الزوج أن يوقعه علىٰ صيغة المعاوضة ، وله أن يوقعَه علىٰ صيغة التعليق ، وسببُ جواز إيقاعه علىٰ صيغة المعاوضة ما فيه من العوض ، فإذا سوّغ الشرع مقابلةَ الطلاق بالمال ، كان كتسويغه مقابلةَ عبدٍ بمال ، فهـٰذا هو الذي جوز إيقاعه معاوضةً/ ، فإن غمض على الإنسان [جوازُ][1] مقابلة الطلاق بالمال ، فهـٰذا خروج عن مقصود الكتاب [وتشوّفٌ][2] إلىٰ قاعدة كلية إن أحببنا ، اقتصرنا فيها على التعبد ، وإن أحببنا ، ذكرنا الكلمة الكليّة ، وهي [حصولها][3] إذا أرادت الافتداء علىٰ ما يُشعر به قوله تعالىٰ : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] وسبب جواز إيقاعه علىٰ صيغة التعليق أن الطلاق يقبل التعليق ، فلا امتناع في تعليقه بمالٍ ، وهـٰذا هيّنٌ [و][4] الألفاظُ المشتركة منزّلة علىٰ جواز التمحض في الوجهين .

ي ٢٥

فإن قيل : هلا قلتم : الطلاق لا سبيل إلى الرجوع عنه كيف فرض ؟ قلنا : إلىٰ مالك الطلاق التصرف فيه ، فإن نجّزه ، انتجز ، وإن جرد تعليقه ، فحكمه امتناع الرجوع ، وإن أدرجه في صيغة معاوضة ، فكأنه يعلّقه إن لم يرجع ، وهـٰذا بمثابة [إفضاء][5] الكتابة الفاسدة إلى العتق علىٰ قاعدة التعليق ، ثم الرجوع فيها ممكن ؛ لأنها أُثبتت علىٰ صيغة يتطرق إليها جوازُ الفسخ ، ومالكُ العتق لم يجزم تعليقه ، وهـٰذا الفن ليس هو بالعسر .

وكل ما ذكرناه في بيان تردد الخلع من جانب الرجل .

٨٧٤٠ـ فأما ما ذكرناه من كون الخلع في جانبها معاوضةً نازعةً إلى الجعالة ، فإنا نبيّن هـٰذا بالمسائل ، فنقول : إذا قالت : « إن طلقتني/ ، فلك ألف » إنما يحتمل

ش ٢٥

---

(١) في الأصل : جوازه .
(٢) في الأصل : « وتشوق » ولـٰكن المشهور المعروف في لغة الفقهاء هو (التشوف) بالفاء .
(٣) في الأصل : « تحصيلها » .
(٤) (الواو) زيادة من المحقق .
(٥) في الأصل : اقتضاء .

صيغة التعليق منها علىٰ قاعدة الجعالة ، تنزيلاً لقولها منزلة قول القائل إن رددت عليّ عبدي الآبق ، فلك كذا .

وإن قالت : طلقني ثلاثاً علىٰ ألف ، فطلقها واحدة ، استحق [ثلث الألف](١) .

ونفرّق في هـٰذا [بين](٢) جانب الرجل والمرأة ؛ فإن الرجل إذا قال لها : أنت طالق ثلاثاً بألف ، فقالت : قبلت طلقة [بثلث](٣) ألف ، لم يقع شيء . وإذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة ، استحق [ثلث الألف](٤) ، والفارق أن قوله : أنت طالق ثلاثاً بألف علىٰ صيغة المعاوضة ، وهـٰذا يستدعي في جانبها قبولاً علىٰ نعت الموافقة ، فإذا لم يكن قبولها موافقاً لإيجاب الزوج ، كان باطلاً ، فكأن لا قبول . فهـٰذا خارج على الأصل المقدّم .

وإذا قالت : طلقني ثلاثاً علىٰ ألف ، فطلقها واحدة ، فثبوت قسطٍ من العوض يخرّج علىٰ قاعدة الجعالة ؛ فإن من قال : رُدَّ عبيدي الأوابق ولك كذا ، فإذا ردّ واحداً منهم ، استحق بحصته .

٨٧٤١ـ وإذا قالت امرأتان لزوجهما : طلقنا بألف ، فطلق إحداهما ، استحق مقداراً من العوض ، وفيما يستحقه **قولان** سبق أصلهما ، وسيأتي تفصيلهما في المسائل ، إن شاء الله تعالىٰ ، وهـٰذا أيضاً خارج علىٰ قاعدة الجعالة .

ثم المرأةُ في جميع الصور تملك الرجوعَ عن قولها قبل صدور الجواب عن/ الزوج ، سواء ذكرت صيغةَ التعليق ، فقالت : إن طلقتني ، أو ذكرت صيغة الاستدعاء ، فقالت : طلقني بألف ، وذلك بأنها [إن](٥) استدعت أو علقت ، فليس في جانبها إلا بذل العوض ، غير أنا نحتمل ما يسوغ في الجعالات من جهة أنها تلتمس

٢٦ ي

---

(١) في الأصل : ثلاث آلاف .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في الأصل : بثلثه .
(٤) في الأصل : ثلثه الألف .
(٥) زيادة اقتضاها استقامة العبارة .

من زوجها أمراً قابلاً للتعليق [بالأغرار][(١)] والأخطار ، فاحتمل منها التعليق . وهـٰذا كما ذكرناه في الجعالة ، فإنا احتملنا فيها صيغة التعليق لاتّصاف المطلوب بالغرر ؛ من جهة الجهالة . وهـٰذا تأسيس الكلام في بيان الخلع من جانبها .

٨٧٤٢ـ ومما يتصل بهـٰذا أنها لو قالت : متىٰ ما طلقتني فلك ألف ، فظاهر لفظها يقتضي التصريح بالزمان الممتد ، وقد أوضحنا في جانب الرجل أنه إذا قال : متىٰ أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، فالإعطاء لا يتخصص بالزمان القريب ، فلو أعطت على الاتصال أو بعد طول الزمان ، وقع الطلاق .

وإذا قالت المرأة : متىٰ طلقتني ، فلك عليّ ألف ، فإن طلقها على الاتصال ، استحق العوض ، وإن أخر ، ثم طلق ، لم يستحق العوضَ .

وهـٰذا موضع وقوفٍ وتأمل من وجوهٍ فنكشف المباحثة عنها : **أحدها** ـ أنا جعلنا الخلع في جانبها في معنى الجعالة ، والجعالة تقبل ربطَ المقصود بزمان متراخٍ ، فإن الرجل إذا قال : إن رددت عليّ عبدي الآبق ، فلك دينار/ ، فمهما رد ذلك الإنسان عبدَه ، استحق الجُعل المسمىٰ ، فلو كان استدعاؤها الطلاق بمثابة الجعالة ، وقد صرحت بالتأخير ومدّ الزمان ، وأتت بلفظة تُشعر به ، لوجب أن يقال : مهما طلق ، استحق العوض اعتباراً بالجعالة ؟ (ش ٢٦)

قلنا : [هـٰذا][(٢)] سؤال واقع ؛ فإن التأخير تطرّق إلى الخلع من جانبها ؛ إذ [قالت :][(٣)] متىٰ أعطيتني ، فكان لا يبعد أن يتطرق التأخير إلىٰ جانبه ، إذا كانت هي المستدعية ؛ فإن استدعاءها يدور بين طِباع الجعالة والطلاق ، وكلاهما قابلان للتأخير ؟

وسبيل الجواب عن هـٰذا أن نقول : أما الجعالة ، فإنما سوغها الحاجة الماسة إليها ، ولا يتأتىٰ فيها تحصيل المقصود على التعجيل ؛ فإنها تُفرض في الأمور

---

(١) في الأصل : « بالأعراز » (ولولا أنه أكد العين برسم عين صغيرة تحتها ما أثبتنا هـٰذا الفرق) .
(٢) في الأصل : وهـٰذا .
(٣) في الأصل : قال .

المجهولة العسيرة كرد الإباق وغيره ، فاستحال اشتراط تعجيل المقصود فيها ، وإذا استدعت المرأة الطلاق ، فتعجيله ممكن ، ولو فرض تأخير الطلاق في زمانٍ منفصل ، [لخرج][1] عن أن يكون متعلقاً باستدعائها ؛ فإن الزوج مالكٌ للطلاق مستقلٌ بإيقاعه ، والعرف غالب باستقلاله فيه ، فهو حري بأن يقع صادراً عن ملك الزوج ، ولا يقع عن غير هـٰذه الجهة إلا بارتباطٍ ظاهر ، ومن ضرورة فرض الارتباط اتصالُ تعليقه باستدعائها ، فإذا انقطع ، كان في وقوعه عن جهة الاستقلال كالصريح في نفوذه في بابه/ ، ثم الصريح لا ينصرف عن بابه [بالقصد][2] ، فهـٰذا هو الذي أوجب اتصالَ الطلاق باستدعائها ، ليقع مرتبطاً بالمال ، والجعالة في هـٰذا الحكم بائنةٌ بعيدةٌ عن الطلاق ، وإذا [شبهنا][3] أصلاً بأصل [لم يُستنكر][4] افتراقُهما . فهـٰذا نوع من البحث . ٢٧ ي

٨٧٤٣ـ فإن قيل : هلا قلتم : الخلعُ [يفسُد][5] إذا استدعت الطلاقَ بلفظةٍ مصرِّحة بامتداد الزمان ؛ فإن ما ذكرتموه يقتضي أن امتداد الزمان وانفصالَ الطلاق عن استدعائها يُبطل مقصودَ الخلع ، وإذا عقد العقد بلفظٍ لا يطابق مقصودَه ، وجب الحكمُ بفساده .

قلنا : قولها متىٰ طلقتَني فلك ألف ، كما[6] ثبت أول الزمان المتصل ، فقد أفاد لفظُها التعرضَ للزمان المطلوب ، وتضمّن مَهَلاً بعده هو يفسح على الزوج ، فاستقل العقد بالوقت المتصل ، وبطل ما فيه من مَهَلٍ ، وكأنها ذكرت الوقت المطلوب وزادت .

فإن قيل : الزيادة فاسدة ، فأفسدوا الخلع بها ، وقولوا : إذا أجاب الزوج على

---

(١) في الأصل : يخرج .
(٢) في الأصل : القصد (بدون الباء) .
(٣) في الأصل : أشبهنا .
(٤) في الأصل : لم تستنكره .
(٥) في الأصل : يفيد .
(٦) كما : بمعنىٰ (عندما) .

الاتصال ، وقعت البينونة ، وفسد العوض لفساد لفظ العقد ، ثم لا يخفىٰ حكم فساد العوض .

قلنا : ما ألزمت المرأة الزوجَ شيئاً حتىٰ يكون ذلك في حكم الشرط ، ولم يتحقق منها التزامٌ أيضاً ، واللفظة التي ذكرتها صالحة للوقت ، وما قدّرناه من اقتضاء التعجيل قرينة في تقييد/ اللفظ ، فصح العقد . وهـٰذا هو المنتهى البالغ . ش ٢٧

وسيأتي تمام شرحه إذا انتهينا إلىٰ هـٰذا الفصل ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ فإن ما ذكرناه من المسائل بين أيدينا ، وإنما ذكرنا تراجمها للتنبيه على القاعدة ، فإذا تقررت القاعدة بها ، فسنقررها مفصّلة بالقاعدة إذا انتهينا إليها ، إن شاء الله تعالىٰ .

٨٧٤٤ـ وكل ما ذكرناه في الطلاق على المال متحقق في [العتق][(١)] على المال ، فالعتق من جانب المولىٰ تعليق ومعاوضة ، وهو من جانب المستدعي معاملةٌ نازعة إلى الجعالة ، ولسنا نعني بما ذكرناه الكتابة ، وإنما نعني قولَ المولىٰ : أعتقتك علىٰ كذا ، واستدعاءُ العتق من العبد .

فأما الكتابة ، فلها طِباع آخرُ ، علىٰ ما سيأتي ، إن شاء الله تعالىٰ ، ولا يمكن أن نحكم عليها بمضاهاة الخلع ؛ فإن فاسدها جائز ، وفاسد الخلع نافذ إذا لم يجر ما يردّ الطلاق ، فيرد المال ، وفي الكتابة دون تنجيز العتق مقاصدُ ، وهي معاملةٌ برأسها ، فالذي يشبَّه بالخلع العتقُ على المال .

وقد نجز القول في تمهيد القاعدة التي هي مرجوعُ الباب [وقطبُه][(٢)] . ونحن نخوض بعد ذلك في مسائل الباب ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ على الترتيب .

٨٧٤٥ـ فأول ما ذكره **الشافعي** التعرض للصلات التي يستعملها الزوج المطلِّق على المال ، ثم تتصل به الصلات التي تستعملها المرأة في استدعاء الطلاق/ . ي ٢٨

إذا قالت المرأة : طلقني بألف أو علىٰ ألف . فقال الزوج : « طلقتك » ، أو « أنت طالق » ، على الاتصال المرعي ، فالطلاق يقع ، ويثبت العوض المسمىٰ على

---

(١) في الأصل : العين .
(٢) في الأصل : « وقطبها » .

الصحة ، ولا حاجة إلىٰ أن يذكر الزوج المال ويعيدَه ، بل يكفي اتصال طلاقه بالتماسها .

وإذا قال الرجل : بعتك عبدي هـٰذا بألفٍ ، فقال المخاطب : قبلت ، أو اشتريت ، كفىٰ ذلك ، وانعقد البيع ، وإن لم يتفق إعادةُ العوض .

ويتصل بهـٰذا الطرف أن الزوج لو قال : طلقتها ابتداءً ، ولم أقصد جوابَها ، وقد يستفيد بذلك الرجعةَ ، ونفيَ البينونة ، فالوجه تصديقُه ؛ فإنه مستقل بالتطليق ، وقوله مستقل بالإفادة ، وليس كما لو قال القائل للرجل : أطلقتَ امرأتَك ؟ فقال : نعم ؛ فإنا نجعل ذلك علىٰ ظاهر المذهب إقراراً بالطلاق ؛ لأن قوله نعم ليس بمفيدٍ على استقلاله ، وإنما يفيد بتقدير بنائه على السؤال ، وإذا قال : بعتُ منك عبدي هـٰذا بألفٍ ، فقال : اشتريت ، ثم زعم أنه لم يقصد جواب المخاطَب ، فهـٰذا فيه احتمال ؛ من قِبل أن قوله ليس [بمستقلٍّ][1] في الإفادة ، وليس كقول الزوج طلقتك ؛ فإنه [مستقلٌّ][2] دون تقدم استدعائِها .

ولو قالت المرأة : لم تقصد إجابتي ، لم يُقبل قولها ؛ فإنا لا نشترط قصدَه في الإجابة ، بل نشترط ألا يقصد الابتداء ، ولا يمتنع أن يقال : لا بد من قصده ، حتىٰ لو فرض وقوعُ قوله وفاقاً ـ من غير ربطٍ بما سبق منها ـ يقع الطلاق/ رجعياً ؛ فإن التواصل بين الكلام المستقل والاستدعاء إنما يحصل بقصد التواصل . ٢٨ ش

فتحصّل مما ذكرناه أنه إذا وصل الطلاقَ باستدعائها ، وزعم أنه قصد إسعافها وبناءَ الجواب على التماسها ، صح ، وانتظم الخلع .

وإن قال : قصدتُ ابتداءَ التطليق ، صُدّق ؛ فإن اتّهم حُلّف ؛ لأنه [يبغي][3] نفيَ البينونة ، وإن اتفق إطلاقُ اللفظِ من غير قصدٍ في الربط ـ وفي تصويره عُسْر ـ فالظاهر أنه محمول على الابتداء ، وسيأتي في ذلك نظائرُ في مسائل الطلاق ، إن شاء الله .

---

(١) في الأصل : بمستقبل .
(٢) في الأصل : مستقبل .
(٣) في الأصل : ينغي .

٨٧٤٦ـ ولو قالت : طلقني ، ولك ألف ، فطلقها ، ثبت العوض . هـٰذا ظاهر مذهب **الشافعي** ، وقال **أبو حنيفة**[(١)] : لا يثبت العوض بهـٰذه الصيغة ؛ فإن قولها : [ولك ألف][(٢)] إخبارٌ ، وليس التزاماً بخلاف قولها : طلقني بألفٍ ، أو علىٰ ألف ، والمسألة مشهورة معه .

وكذلك إذا قالت : طلقني ولك عليّ ألف ، فمذهبنا ما ذكرناه .

وذكر **القاضي** في أثناء المسائل وجهاً خرجه من تلقاء نفسه أن هـٰذا لا يكون التزاماً للمال ، ثم نظم **وجهين** : **أحدهما** ـ أن المال يثبت ؛ لأن العرف جارٍ باستعمال هـٰذا اللفظ علىٰ إرادة التزام المال ، فقرائنُ المال شاهدةٌ ، والغرض من قيود الألفاظ وقرائنها الإفهام بها . وقال تعالىٰ : ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف : ٧٢] وهـٰذا جرىٰ في تسمية أجرةٍ أو جعالة في القصة المشهورة .

ي ٢٩ **والوجه الثاني** ـ أن المال لا يثبت بهـٰذه الصلة ؛ لأنها ابتداءٌ وليست بناءً/ علىٰ لفظٍ مصرِّح به في اقتضاء الإلزام والالتزام ، ثم اللفظ الواقعُ ابتداءً صريحٌ في [العلّة][(٣)] وهـٰذا الذي ذكره وإن [أمكن][(٤)] توجيهه ، فهو مخالف للنص وما عليه **الأصحاب** ، ثم الظن به أنه لا يطرده فيه إذا قالت : طلقني ، ولك عليّ ألف ، والعلم عند الله تعالىٰ .

هـٰذا قولنا في الألفاظ التي تصدر من المرأة المستدعية للطلاق .

٨٧٤٧ـ فأما الرجل إذا ابتدأ وقال : طلقتك بألف ، أو قال : طلقتك علىٰ ألف ، فقوله يستدعي المال ، فإن قبلته ، قُضي بثبوت البينونة ، وإن لم تُجب ، ولم تلتزم المال [لم][(٥)] يقع الطلاق .

ولو قال الرجل ابتداءً : طلقتك ، أو أنت طالق ، ولي عليك ألف ، فهـٰذه المسألة

---

(١) ر . المبسوط : ٦/ ١٨٠ ، البدائع : ٣/ ١٥٢ .
(٢) في الأصل : « ولك علي ألف » . وهـٰذه الصورة ستأتي بعد سطور .
(٣) في الأصل : العدّة .
(٤) في الأصل : « أصلن » بهـٰذا الرسم تماماً .
(٥) في الأصل : ولم .

ذكرتُها في أثناء الباب ، وأنا أرىٰ ذِكْرَها في هـٰذا المقام ، حتىٰ ينتظم الكلام في الصّلات التي تصدر منها ومنه جميعاً . **قال الشافعي** : « **إذا قال الزوج : طلقتك ولي عليك ألف ، وقع الطلاق رجعياً ، وكان كما لو قال : طلقتك وعليك حج** » . وتعليل ما ذكره بعد العلم بأنه متفق عليه بين **الأصحاب** ـ أن قوله : « طلقتك » [مستقلٌّ][(١)] في إيقاع الفراق ، فلا يتعلق بشرطٍ وعوضٍ إلا بصلة تُشعر بربط الطلاق إشعاراً صريحاً ، وإذا قال : « طلقتك ولي عليك ألفٌ » [فهو][(٢)] صريح في الإخبار ، ولا يمتنع أن يقال : طلَّق ، ونجّز ، وأخبر[(٣)] .

فإن قيل : إذا قالت : طلِّقني ولك ألف ، فلا يمتنع أيضاً حملُ قولها على/ الإخبار ، قلنا : نعم هو كذلك ، ولهـٰذا اتجه تخريج **القاضي** ، كما قدمنا ذكرَه ، وإن أردنا فرضاً ، لم نعدمه ؛ فإن استدعاء الطلاق ليس كلاماً نافذاً ، وإذا اقترن بذكر المال ، أفاد المجموعُ استدعاء الطلاق بالمال ، وإذا قال الرجل : طلقتك ، فهـٰذا مستقل في تقيّد[(٤)] الطلاق على الإطلاق ، فلا يرتبط إلا بلفظ صريح . ويتجه أن يقال : قول المرأة : « طلقني » وإن [كان لا يلزمُ به طلاقٌ][(٥)] ، فهو صريح في استدعاء الطلاق ، فلا يتعلق إلا بصلة متصلة تقع صريحاً في اقتضاء الربط . ٢٩ ش

٨٧٤٨ـ ومما يتصل بهـٰذا أن الزوج لو قال بعد صدور الصلة التي وصفناها : أردت بقولي : « وعليكِ ألف » اشتراطَ الألف ، وكان مرادي بقولي وعليكِ ألف ما يريده القائل بقوله : « أنت طالق بألف » ، فهـٰذا لا يقبل منه في ظاهر الأمر ، هـٰكذا قال **شيخي وأئمة المذهب** .

---

(١) في الأصل : مستقبل .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) قوله : طلق ، ونجز ، وأخبر : معناه أنه يمكن أن يقال تفسيراً لقوله : « طلقتك ، ولي عليك ألف » إنه طلق ونجز الطلاق ، وأخبر بما له عليها .

(٤) تقيّد الطلاق على الإطلاق : أي وقوعه مطلقاً من غير مال .

(٥) في الأصل : « وإن كان لا به » كذا بهـٰذا الرسم . والمثبت تقدير منا .

وعبارة العز بن عبد السلام : « بخلاف سؤالها ؛ فإنه لا يفيد شيئاً بمجرده » (ر . الغاية : ج٣ لوحة ١١٧ش) .

ووجدت **لأصحابنا** تردداً فيه إذا توافقا علىٰ أنه أراد ذلك ، فمنهم من قال : لا أثر للتوافق ، والطلاق [رجعي][١] بعد قوله : « طلقتك » ، وقوله بعد ذلك : « ولي عليك ألف » صلةٌ لا تصلح للتعليق والربط ، فهو كما لو قال : « طلقتك فاستعيني »[٢] ثم زعم أنه أراد بذلك أمراً يخالف الحكم بوقوع الطلاق ، [فلا][٣] أثر لقوله ، والطلاقُ نافذ .

ومن **أصحابنا** [من قال :][٤] إذا توافقا ، كان الطلاق واقعاً بالمال ؛ فإن قول القائل « وعليك ألف » لا ينحطّ عن الكنايات في اقتضاء العوض ، وللقائل/ الأول أن يقول : لو كان كذلك ، لصُدِّق الرجل وحده ، لأنه قال محتمَلاً ، ويجوز أن يجاب عنه بأن هـٰذه الكناية يعارضها التصريح بالطلاق [المستقل][٥] والأصل تنفيذه علىٰ [الاستقلال][٦] .

ي ٣٠

ويتفرّع علىٰ ما ذكرناه أن الرجل لو ادّعىٰ أنه عنىٰ بالصلة التي ذكرها المالَ وإلزامَه ، فأنكرت المرأة ذلك ، فإن قلنا : لو تصادقا عليه ، تعلق الطلاق بالمال ، فالقول الآن قول الزوجة ؛ فإن الأصل والظاهر معها ، وللزوج أن يحلّفها علىٰ [نفي][٧] العلم : لا تدري أن الزوج أراد ربطَ الطلاق بالمال . وإن قلنا : لو تصادقا ، [لم][٨] يتعلق الطلاق بالمال ، فلا حكم للاختلاف ، [والحكم أن الطلاق لا يتصور تعلُّقُه وارتباطه مع هـٰذه الصّلة .

وهـٰذا إنما ذكرناه فيه إذا قال الزوج : أنت طالق وعليك ألف .

٨٧٤٩ـ فأما إذا قال : أنت طالق علىٰ أن لي عليك ألفاً ، قال **صاحب التلخيص** :

---

(١) في الأصل : الرجعي .

(٢) فاستعيني . كذا قرأناها بصعوبة .

(٣) في الأصل : ولا .

(٤) زيادة من المحقق ، لاستقامة الكلام .

(٥) في الأصل : المستقبل .

(٦) في الأصل : الاستقبال .

(٧) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

(٨) في الأصل : فلم .

« هـٰذا شرط والصيغة مشعرةٌ به » ونقول له : ماذا أردت بهـٰذا ؟][1] فإن زعم أنه أراد بذلك اشتراط ضمان الألف عليها حتىٰ كأنه قال : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، وتفصيل ذلك يأتي على الاستقصاء من بعدُ ، إن شاء الله تعالىٰ . قال **صاحب التقريب** : إذا فسر هـٰذا اللفظَ بهـٰذا ، قُبل منه ؛ فإنه زاد على الصلة الأولىٰ صلةً رابطةً إذا[2] قال : علىٰ أن لي عليكِ ألفاً ، وليس كما لو اقتصر ، فقال : طلقتك ولي عليك ألف ، وذلك/ أنه لو اقتصر ، فذلك إخبار بعد تطليق ، وإذا قال : طلقتك علىٰ أن لي عليك ألفاً ، فهـٰذا شرط بعد التطليق ، فإذا استعقب الطلاقُ شرطاً ، صار الطلاق ٣٠ ش

---

(١) هنا أمورٌ عدة بيانها كالآتي :

أ ـ عبارة الأصل مضطربة مختلة فقد جاءت هـٰكذا : « والحكم أن الطلاق لا يتصوّر تعلّقه وارتباطه مع هـٰذه الصلة ، وقد ذكر صاحب التخليص على الاتصال . فهـٰذا إنما ذكرناه فيه إذا قال الزوج : أنت طالق وعليك ألف ، فلو قال : أنت طالق علىٰ أن لي عليك ألفاً فنقول له : ماذا أردت بهـٰذا » هـٰكذا كانت العبارة ، والمثبت تصرف من المحقق علىٰ ضوء عبارة الغزالّي في البسيط ج٤ لوحة : ١١٩ش .

ب ـ جاء في الأصل : صاحب التخليص . وليس في كتب الشافعية التي جاءت في طبقات السبكي ، وطبقات الإسنوي كتاب بهـٰذا الاسم . فهو إذاً محرّف عن (التلخيص) لابن القاص ، وهو الذي يذكره الإمام في هـٰذا الكتاب ، وتكرر مراراً منها أربع عشرة مرة في كتاب الطهارة .

ج ـ لم نجد في التلخيص الذي بين أيدينا هـٰذا الكلام الذي أشار إليه الإمام ، وحكاه الغزالي ، فهل هو وهمٌ في النهاية أم خلل من الناسخ ، وتبعه الغزالي ؟ أم أن في نسخة التلخيص التي بين أيدينا سقطاً ؟ أم أنه في موضع آخر من الكتاب لم نصل إليه ؟ والعلم عند الله .

د ـ مقتضىٰ قول صاحب التلخيص : « هـٰذا شرط والصيغة مشعرة به » أن الطلاق يقع رجعياً ، ولا مال ، ويلغو الشرط . وهو ما اختاره الغزالي في الوجيز مصرحاً به ، كما في الوسيط أيضاً .

هـ ـ المعتمد في المذهب أنه يقع بهـٰذا طلاق بائن ويلزم المال إذا قبلت . هـٰذا ما حكاه العراقيون عن النص في الأم . وأودعه أبو بكر الفارسي في عيون المسائل ، وقطع به صاحب المهذب وسائر العراقيين (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٤٣٤ ، والروضة : ٧/ ٤٠٥) .

(٢) إذا قال : هي بمعنىٰ « إذ » . وهو تعبير صحيح وعليه شواهد من النثر والشعر أكدنا ذلك من قبل أكثر من مرة .

مشروطاً بالشرط الذي استعقبه ، ثم قال **صاحب التقريب** : إن فسر بالضمان ، قُبل ، كما ذكرنا .

وإن قال : لم أرد تعليق [الطلاق][١] بضمانها ، ولـٰكن أردت تعليق [الطلاق][٢] بالتزامها وقبولها ، وأحللتُ قولي علىٰ أن لي عليك ألفاً محل قولي : أنت طالق بألف ، أو علىٰ ألف . قال **صاحب التقريب** : لا يقبل هـٰذا التفسير منه .

وفي كلام غيره من **الأصحاب** ما يدل علىٰ أن تفسيره بما ذكره مقبول .

فانتظم منه [أنه][٣] لو فسره [بتعليق][٤] الطلاق بالضمان ، قُبل منه ، ولو فسره بتعليق الطلاق بقبول المال في الحال ، ففيه الخلاف والتردد الذي ذكرناه عن **صاحب التقريب** وغيره . ثم إذا فَسَّرَ بالضمان وقبلناه وفاقاً ، [فلتعليق][٥] الطلاق بضمان المال **صيغتان** : **إحداهما** ـ أن يقول : « أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً » ، والصيغة الأخرىٰ أن يقول : « متىٰ ضمنت لي ألفاً » . فإن قال : « إن ضمنت لي ألفاً » ، كان ذلك محمولاً على الفور ، وإن قال : « متىٰ ضمنت » ، كان على التراخي ، علىٰ ما سيأتي ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قال : أنت طالق علىٰ أن لي عليك ألفاً ، فهـٰذا متردد بين قوله : إن ضمنت ، [وقوله متىٰ ضمنت][٦] ولعل جملة نقلي[٧] ما يقتضي الفور أشبه .

وهـٰذا منتهى الكلام/ في الصلات التي يستعملها الزوجان في ذكر المال استدعاءً وابتداءً . ي ٣١

٨٧٥٠ـ ومما يتعلق بهـٰذا المنتهىٰ أن الرجل إذا قال : بعني عبدك بألف ، فهـٰذا

---

(١) في الأصل : الضمان .
(٢) في الأصل : الإطلاق .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) في الأصل : يتعلق .
(٥) في الأصل : فتعليق .
(٦) زيادة اقتضاها السياق .
(٧) جملة نقلي : يريد أن معظم ما نقله عن أئمة المذهب أقرب إلى اقتضاء الفور .

صحيح صالح لعقد البيع . ولو قال : بعني عبدك على ألف درهم ، صح . ولو قال بعني عبدك [ولك علي][١] ألف درهم ، فقد ذكر **القاضي** فيه **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يصح كما يصح ذكر المال بهذه الصلة من التي تستدعي الطلاق .

والوجه الثاني ـ أنه لا يصح ، لأن الخلع على الجملة يَقْبل من التوسع ما لا يقبله البيع ، ولهذا يصح الاستدعاء فيه بلفظ التعليق ، وذلك إذا قالت : إن طلقتني ، فلك ألف . ولو قال المستام : إن بعتني عبدَك ، فلك ألف ، لم يصح .

فصل

قال : « ولو قالت له : اخلعني ، أو بتّني ، أو أبنِّي ، أو ابرأ مني ، أو بارئني ، ولك عليّ ألف . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٨٧٥١ـ ذكر **الشافعي** هٰذه الألفاظَ وهي كناياتٌ في الطلاق ، وقرنها بذكر المال ، وأجراها علىٰ حكم الكناية ، وتصرف في تفاصيل القول في [النيات][٣] ، كانت أو انتفت ، كما سنصف ، وهٰذا يدلّ من نصه علىٰ أن الخلع لا يصير صريحاً بقرينةٍ من المال .

وقد ذكرنا عن بعض **الأصحاب** طريقةً في أن الخلع يلتحق بالصرائح علىٰ أحد القولين بقرينة المال . وهٰذه الطريقة تخالف النصَّ ، فليقع التفريع علىٰ أنها كنايات .

ثم قال **صاحب التقريب** : إذا قلنا : الخلع طلاق ، فنجعل/ هٰذه الألفاظ كنايات ٣١ ش وإن اقترنت بذكر المال ، على المسلك الصحيح الموافق للنص .

وإذا قلنا : إن الخلع فسخ ، فإذا جرت هٰذه الألفاظ مقرونةً بذكر المال ، فهل تكون صريحةً في الفسخ ، أو كناية ؟ فعلىٰ **وجهين** .

---

(١) في الأصل : « ولي عليك » وهو خطأ واضح يخالف السياق والسباق .

(٢) ر . المختصر : ٤/ ٥٧ . هٰذا وقد كانت العبارة في الأصل هٰكذا : « ولو قالت له : أو بني ، أو أبني ، أو ابرأني ، أو بارئني » والمثبت من نص عبارة المختصر .
وتمام العبارة : « وهي تريد الطلاق ، وطلّقها ، فلها ما سمّت » .

(٣) في الأصل : « البيان » .

وهـٰذا بعيدٌ .

والطريقةُ المذكورة على الصحة أن هـٰذه الألفاظَ كناياتٌ في الطلاق علىٰ قول الطلاق ، وفي الفسخ علىٰ قول الفسخ ؛ [والوجه][1] الآخر الذي ذكره **صاحب التقريب** وجهٌ [ليس][2] به مبالاة إلا أن يقول القائل : الكلامُ في الألفاظ [في][3] الفسخ أوسع ؛ ولذلك قطعنا بأن لفظ الخلع صريح في الفسخ ، وإن جعلنا المسألة علىٰ **قولين** في أنها هل تكون صريحاً في الطلاق إذا قلنا : الخلع طلاق . وهـٰذا مما لا يعتد به ، ولـٰكن صرح **صاحب التقريب** بنقله ، ولم يقله من تلقاء نفسه .

٨٧٥٢ـ فنعود إلىٰ تفصيل الكنايات مع ذكر المال ـ والتفريعُ علىٰ قول الطلاق ، والتفريعات التي سنذكرها في الألفاظ التي رسمناها ـ بمتابعة التفريع في لفظ الخلع علىٰ قول الطلاق ، مع المصير ، إلىٰ أنه كناية ، فنقول : إن نويا الطلاق ، [وقع][4] الطلاق ولزم المال ، وإن لم ينويا ، لغا اللفظُ ، والنكاح قائم .

وإن نوت المرأة استدعاء الطلاق ، ولم ينو الرجل بلفظه الطلاقَ ، لغا اللفظ ؛ فإن المتبع [في][5] إنشاء الطلاق وقَصْدِه الزوجُ .

ي ٣٢ ولو نوى الرجل الطلاقَ/ ولم تنوِ المرأةُ الطلاقَ في استدعائها ، ينظر : فإن كانت قالت : خالعني علىٰ ألف ، وقال الرجل : خالعتك علىٰ ألفٍ ، فجرىٰ ذكر البدل من الجانبين ، وقد نوى الرجل الطلاق ، ولم تنو المرأة استدعاء الطلاق ، فالجواب في المسألة أنه لا يقع شيء ؛ فإن الرجل صرح بذكر المال ، ثم لا سبيل إلى القضاء بثبوت المال إذا لم تنو المرأة استدعاء الطلاق ، وإذا لم يثبت ـ لما ذكرنا ـ لم يقع الطلاق المرتبط به .

فإن قيل : هلا نزّلتم هـٰذا منزلة ما لو خالع الرجل امرأته السفيهة المحجورة ؛ فإن

---

(١) في الأصل : للوجه .
(٢) زيادة من المحقق علىٰ ضوء السياق .
(٣) مزيدة لاستقامة الكلام .
(٤) في الأصل : ووقع .
(٥) في الأصل : من .

الطلاق يقع عندكم رجعياً ، ويتعلق وقوعه بصورة القبول من المرأة ، وإن كان المال لا يلزم ؟ فاحكموا بأنها إذا قبلت المال في مسألتنا [بوقوع][(١)] الطلاق رجعياً متعلقاً بصورة [قبولها][(٢)] . قلنا : لا سواء ؛ فإن المرأة إذا كانت من أهل الالتزام ، فالطلاق معلَّق بوقوع الالتزام منها ، فإذا لم تنو ، لم تلتزم ، وسنتكلم في المحجورة بما يشفي الغليل ، إن شاء الله .

٨٧٥٣ـ وإن قالت الزوجة : خالعني علىٰ ألف ، ولم تَنْوِ استدعاءَ الطلاق ، فقال الرجل : خالعتُك ، ولم يذكر المال ، غيرَ أنه نوى الطلاقَ ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يقع به شيء ؛ لأنه جواب لسؤالها ، وهو مرتب عليها ، وهي قد ذكرت المال صريحاً ، ولـٰكن امتنع حصول المال ؛ لأنها لم تَنْوِ ربطَ/ التزامها بالطلاق ، ٣٢ ش ولا ارتباط للزومٍ إلا بجهة الطلاق ، وإذا لم يلزم المال ، فقول الزوج مشروط في قرينة الحال بثبوت المال ، وإذا لم يثبت السبب الذي قدمناه ، لم يقع شيء . وهـٰذا أقيسُ الوجهين .

ومن **أصحابنا** من قال : يقع الطلاق الرجعي ، وينقطع قولُها عن قوله ؛ بسبب أنها لم تلتزم المال على الصحة ، والزوج في لفظه لم يذكر المال أيضاً ، وكلامه مع النية [مستقلٌّ][(٣)] في اقتضاءِ الطلاق ، وليس كما لو أعاد الرجل المال ؛ فإن هـٰذا لو فرض الابتداء به ، لم يقع به الطلاق من غير فرض جواب .

وهـٰذا كلام مزخرف[(٤)] ؛ فإن الحال في اقتضاء المال من جهة بناء قوله علىٰ قولها بمثابة تصريحه بذكر المال .

وقد يرد علىٰ هـٰذا أيضاً أن الرجل يقول : قَوْلي : « خالعتك » لا [يقع][(٥)] به الطلاق من غير نيّة ؛ فإنا نفرع علىٰ أنها كناية ، وأنا ما نويت الطلاق على الإطلاق ؛

---

(١) في الأصل : يوقع .
(٢) في الأصل : قبلها .
(٣) في الأصل : بمستقل .
(٤) في مختصر ابن أبي عصرون : « منحرف » ويبدو أنها هي الصواب .
(٥) في الأصل : لا يقطع .

إنما نويته مقيّداً بثبوت المال ، وهـٰذا يُحْوِج إلىٰ نوعٍ من البحث .

وإذا قال الرجل لامرأته : أنت بائن ، ثم زعم أنه أضمر بقلبه تعليق الطلاق بصفة ، كدخول الدار ونحوه ، فالأصح أنه مدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، كما سنذكره في مسائل الطلاق ـ إن شاء الله عز وجل ـ ولـٰكن لا يقبل قوله باتفاق **الأصحاب** ظاهراً ، وإنما ذلك الذي قدمناه في حكم الباطن والتديين .

ي ٣٣ فأما إذا قال/ : أنت بائن ، وزعم أنه نوىٰ طلاقاً معلّقاً بصفةٍ ، فهـٰذه المسألة فيها تردد بين فحوىٰ **كلام الأصحاب** : يجوز أن يقال : يُحكَمُ بوقوع الطلاق ظاهراً ، كما لو صرح بالطلاق ، وزعم أنه أضمر التعليق ؛ فإن الكناية مع نية الطلاق بمثابة صريح الطلاق ، وقد ألحقتها النية بالصريح ، ثم إنه أضمر وراء ذلك تعليقاً ، فكان حكمه أن يُدَيَّنَ . ويجوز أن يقال : لا يحكم بوقوع الطلاق ظاهراً ؛ فإن النية ليست جازمة ، واللفظة ليست مستقلة ، فقد اعترف بنية مضطربة ، فلا نحكم بوقوع الطلاق .

عُدْنا إلى المسألة التي كنا فيها : إذا لم يُعدِ الزوجُ ذكرَ المال ، [فالوجه][(1)] هاهنا ألاّ نحكم بوقوع الطلاق ؛ لما بين قوله وقولها من الارتباط . ولـٰكن ذكر **القاضي** فيه **وجهين** ، وصحح ما لا يصح عندنا غيره .

هـٰذا إذا ذكرت امرأة المال في استدعائها ، وأعاد الزوج المال ، أو لم يُعده .

٨٧٥٤ـ فأما إذا قالت : خالعني ، ولم تذكر مالاً ، ولم تنو الطلاق ، فقال الزوج : خالعتك ، وزعم أنه نوى الطلاق ، فأحسنُ مسلك في هـٰذا أن نقول : اختلف **أصحابنا** في أن التخالع المعرَّىٰ عن ذكر العوض هل يقتضي المالية ؟ وقد ذكرناه وبيّناه علىٰ نظائرَ له . فإن قلنا : التخالع مقتضاه المال ، وإن لم يجر فيه ذكرُه ، فهو كما لو ذكرت المال . وقد مضى التفصيل فيه .

ش ٣٣ وإذا قلنا/ : مطلق التخالع لا يقتضي المال ، وهي لم تَنْوِ طلبَ الطلاق ، والزوج نواه ، فالظاهر هاهنا يقع . فإن قيل : ألستم ذكرتم خلافاً في أن التخالع إذا عري عن ذكر العوض ، ونوى الزوج الطلاق ، فهل يفتقر ذلك إلىٰ قبولها ، وإن كان المال

---

(١) في الأصل : والوجه .

لا يثبت ؟ قلنا : ذاك ذكرناه وسردنا نَظْمَه علىٰ أحسن وجه ، وهـٰذه المسألة تخالف تيك ؛ فإنا فرضنا الأولىٰ فيه إذا ابتدأ الزوج ، وقال : خالعتك ، وهـٰذه المسألة التي نحن فيها مصوّرة فيه إذا استدعت المخالعة ، فأجابها الزوج ، فالاستدعاء ينزل منزلةَ القبول المتأخر عن الإيجاب .

فمن [جمع][1] ما ذكرناه إلىٰ ما قدمناه ، اتسق له من المجموع ترتيبٌ يحوي المقصود . وقد كنت أحلت في التفريع علىٰ قولي الفسخ والطلاق تمامَ البيان فيما يتعلق بالنيات علىٰ هـٰذا الفصل ، وقد وقع الوفاء به .

فَصْلٌ

٨٧٥٥ـ إذا قالت المرأة : طلقني بألف ، فقال : « أبنتك » ، أو أتىٰ بكناية أخرىٰ ، وزعم أنه نوى الطلاق ؛ فالذي قطع به **المراوزة** : أنه يستحق المال ؛ فإن الكناية مع النية بمثابة الصريح ، وحكىٰ **العراقيون** عن **ابن خَيْران** أنه قال : لا يقع الطلاق ؛ من جهة أنها قد تقصد أن يطلقها صريحاً ؛ إذ الرجوع في الكناية إلىٰ نية الزوج ، وهو بين أن يَصدُق بالإخبار عنها أو يَكذب/ ، **[وللأصحاب]**[2] أن يقولوا إذا كان مؤاخذاً بإقراره ظاهراً ، فلا تعويل علىٰ قصدها ومرادها . ولو صرح الرجل بالطلاق ، تطرق إليه إضمار ما لو صدق فيه لم يقع الطلاق ، وهي الإضمارات التي تنبني عليها مسائل التدبير . ٣٤ي

فَصْلٌ

قال الشافعي : « ولو قالت له : اخلعني علىٰ ألف ، كانت له الألف ما لم يتناكرا . . . إلىٰ آخره »[3] .

٨٧٥٦ـ وهـٰذه لفظة مبهمةٌ ، يُلغَز بأمثالها ، وما كان من حق **المزني** أن يودعها

---

(١) في الأصل : جميع .
(٢) في الأصل : فللأصحاب .
(٣) ر . المختصر : ٤/٥٧ . وفي الأصل : « ولم يتناكرا » والتصويب من نص المختصر .

كذلك في (**السواد**)[(١)] ؛ فإن التصانيف إن بنيت علىٰ [البسط ، اتسع][(٢)] فيها الكلام تكريراً ، وتقريراً ، وتحريراً . وإن بنيت على الإيجاز ، اعتمد الموجِز أقصر لفظةٍ عن المعنى المطلوب ، وجعلها ناصّةً عليه من غير قصور ولا ازدياد ، وهو الكلام البليغ ، فأما التعبير عن المعاني المشكلة بالمجملات ، فغير ذلك أجمل **بالمزني** .

[ومَحْمل][(٣)] كلامه ، ووجه تسويغه أن يقال : قد بناه علىٰ ما تقدم ، وقد أبان فيما سبق [صريحَ][(٤)] الخلع استدعاءً وجواباً ، وابتداءً بالإيجاب [أو][(٥)] القبول ، فكان قوله في هـٰذه المسألة محالاً علىٰ ما تقدم من تصوير شِقي الخلع ، وفرض التناكر بعده مهمٌّ .

٨٧٥٧ـ إن **أصحابنا** اختلفوا في تفسير قوله : « ما لم يتناكرا » قال قائلون : معناه وقع الطلاق ما لم يتناكرا النية : إذا زعم الزوج أنه لم ينو ، وادعت المرأة أنك نويت ، فالقول قول الزوج مع يمينه .

ش ٣٤ وقد تجري/ صورةٌ [تُنكر][(٦)] المرأة فيها النيةَ ، فلا تلتزم المال ، ولا يقع الطلاق ، كما تقدم التصوير فيه . فإذا فرض هـٰذا ، فالقول قول المرأة مع يمينها ، وفائدة حلفها أن تدفع [التزام][(٧)] المالِ عن نفسها . فالذي قطع به الأصحاب أنها إذا حلفت ، فلا مال عليها [لا][(٨)] المسمّىٰ ، ولا ما يرجع من المسمىٰ إليه[(٩)] . غير أن الزوج أقر بالبينونة ؛ إذ نوىٰ وادعىٰ أنها نوت ، فكان مؤاخذاً بإقراره .

---

(١) السواد : هو المختصر . كما هو واضح ، وقد تكرر ذلك مراراً .
(٢) في الأصل : البسيط اتسعت .
(٣) في الأصل : ويحمل .
(٤) في الأصل : تصريح .
(٥) في الأصل : والقبول .
(٦) في الأصل : منكر .
(٧) زيادة لاستقامة العبارة .
(٨) في الأصل : إلا .
(٩) « ولا ما يرجع من المسمىٰ إليه » : المراد الشطر الذي يرجع إليه من المسمىٰ إذا كان ذلك قبل المسيس .

هـٰذا بيان هـٰذه المسألة ، ولتكن على الحفظ ؛ فإن بين أيدينا مسألةً تكاد تخالف هـٰذه . وإذا انتهينا [إليها][(١)] استفرغنا الفكر في الفرق والجمع ، إن شاء الله عز وجل .

ثم من حمل كلام الشافعي علىٰ هـٰذا المحمل ، أو على المحمل الأول في اختلاف [النِّيّتين][(٢)] صرف الاستثناءَ في قوله : ما لم يتناكرا إلىٰ وقوع الفراق . وإن صُورت [علىٰ][(٣)] إنكار المرأة النية ، فالفراق واقع بحكم الإقرار ، والاستثناء في قوله ما لم يتناكرا راجع إلى الألف ، والتأويل في هـٰذه الصورة أوقع ؛ فإنه قال : كانت له الألف ما لم يتناكرا ، فاقتضى اتصال الاستثناء بالألف رجوعَه إليه .

هـٰذا مسلك **الأصحاب** .

٨٧٥٨ـ وقيل معنىٰ قوله : « ما لم يتناكرا » أن الخلع يثبت والمال يلزم ، إلا أن يرجع الرجل عن إيجابه قبل قبولها إن كان المبتدىءَ بالإيجاب ، أو ترجع المرأة عن استدعائها قبل الإسعاف إن كانت هي المبتدئة .

وحظ الفقيه من هـٰذا الفصل ما ذكرناه من أن الرجوع ممكن إذا جرت صيغة العقد من الزوج ، ولم يأت بتعليق/ صريح ، والمرأة ترجع عن استدعائها علىٰ أي وجه فرضت صيغة كلامها . ٣٥ي

ويتصل بهـٰذا الطرف أنهما لو [تخالفا][(٤)] على التواصل المعتبر ظاهراً ، ثم قال الزوج : قد رجعتُ قبل قبولها ، فهل يُقبل قوله ؟ الذي نراه [القطعُ بأنه][(٥)] لا يقبل قوله ، فإن صورة قوله مع صورة العقد جرت ، وادعى الزوج ـ بعد جريانها ـ ما يتعقب العقد بالإفساد ، فكان كما لو وكل وكيلاً بعقد ، ثم نفذ الوكيل العقد ، فادعى الموكِّل أني كنت عزلتك قبل أن عقدتَ ، فهـٰذا لا يُقبل بعد جريان ظاهر العقد من الوكيل .

فإن ادعىٰ علمها بالرجوع ، حلّفها . وما ذكرناه في هـٰذا الطرف يجري في

(١) في الأصل : إليه .
(٢) في الأصل : البينتين .
(٣) في الأصل : عليه .
(٤) في الأصل : تحالفا .
(٥) في الأصل : القطع به أن .

جانبها[(١)] . وفائدة إجرائه إلزامُه المالَ المسمّىٰ في ظاهر الأمر ، كما ذكرناه .

ومن **أصحابنا من قال** : معنىٰ قوله : « ما لم يتناكرا » : ما لم [يتخالفا][(٢)] في المسمىٰ مقداراً أو جنساً . وهـٰذا ظاهر كلامه ؛ فإنه تعرض للمسمىٰ وثبوته ، ثم ذكر التناكر ، ثم لم يستتم جواب المسألة ، وتمامُ الجواب أنهما يتحالفان ، ثم الرجوع إلىٰ مهر المثل ، والإخلال بتمام البيان محمول علىٰ ظهوره . هـٰذا هو الممكن فيه .

فَصْلٌ

« وإن قالت : علىٰ ألفٍ ضمنها لك غيري ، أو علىٰ ألف فَلْسٍ. . . إلىٰ آخره »[(٣)] .

٨٧٥٩ـ هـٰذا الفصل يستدعي تقديمَ [أكثرَ من][(٤)] أصلٍ ، والتعرضَ لبيان أطرافها ، وإذا أجريناها إلىٰ منتهى الغرض ، انعطفنا علىٰ (**السواد**)[(٥)] وما فيه .

ش ٣٥ **الأصل الأول** في بيان/ اختلاف الزوجين في تواجب العقد في جنس المسمّىٰ ومقداره ، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق علىٰ ألف درهم ، فقالت : قبلت [علىٰ][(٦)] ألف فَلْسٍ ، فيلغو الخلع ، والنكاحُ قائم ؛ فإنّ شرط انعقاده التوافقُ في الاستيجاب والإيجاب ، أو في الإيجاب [والقبول][(٧)] ، فإذا اختلفا ، فلا تعاقد ، وكلام كل واحد منهما في حكم ابتداء الكلام ، لا تعلق له بما قبله وبعده ، وسنبين الآن أنها إذا أطالت فصلاً زمانياً بين إيجابه وقبولها ، لم نقض بثبوت الخلع أصلاً ؛ لما في إطالة الفصل من الإشعار بالإعراض ، مع أنا لا نبعد تخلل الفاصل بعذر ، فإذا كان نظام العقد ينقطع بما ذكرناه ، فكيف يلتئم ولا تعلّق لأحد الكلامين بالثاني .

---

(١) أي : أنها تحلِّفه إذا رجعت قبل قبوله ، وادعت علمه برجوعها .

(٢) في الأصل : يتحالفا .

(٣) ر . المختصر : ٤/ ٥٧ .

(٤) زيادة من المحقق اقتضاها عود الضمير الآتي في الجملة ، وستجد فعلاً أكثر من أصل .

(٥) السواد : هو مختصر المزني كما ذكرنا ذلك مراراً .

(٦) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٧) زيادة لاستقامة العبارة .

والآن إذا انتهى الكلام إلىٰ رعاية التواصل ، فهو مذكور في الفصل الذي يعقب هـٰذا إن شاء الله تعالىٰ .

٨٧٦٠ـ ومما يتعلق بهـٰذا الفصل ، وهو مَزِلّةٌ اضطرب فيها الطرقُ ، وحقٌّ علىٰ من يبغي دَرْك الغايات أن يَصرف الاهتمامَ إليه . والوجهُ فيه أن نذكر [طرق][1] **الأصحاب** طريقةً طريقةً ، وننقل ما قالوه علىٰ ثَبَتٍ ، ثم ننعطف ، فنبدي ما فيه من الإشكال ، ونبيّن على الاتصال ما يُنتج الإشكال ، ثم نرجع رجعة أخرىٰ ، ونوضّح أن ما ذكرناه ، وإن كان قياساً ، [فهو][2] مائل عمّا قال **الأئمة** بعض الميل ، ثم نذكر وراء ذلك الممكنَ في توجيه ما نقلناه .

فلتقع البداية/ بتصور ما نريد ، والتصوير مختلف أيضاً ، والذي نقل عن **القاضي** أن الرجل إذا قال لامرأته : « أنت طالق علىٰ ألف » ، ولم يتعرض للجنس المعدود بها ، وقالت المرأة : « اختلعت علىٰ ألفٍ » ولم توضح أيضاً الجنسَ ، ثم قال الرجل : عنيتُ به الدراهم ، وأنتِ تعلمين ذلك ، وقالت المرأة : عنيتُ به الفلوس وأنتَ تعلم أني عنيت بذكر الألف الفلوسَ ، قال **القاضي فيما نَقَل عنه من أثق به** : يتحالفان ، والرجوع إلىٰ مهر المثل . ٣٦ي

ووجهُ الإشكال فيما قال أنه فرض العقدَ معقوداً بألف مرسلة ، ثم أخذ يدير التنازع علىٰ ما صورنا ، وبنىٰ عليه التحالف . وهـٰذا في نهاية الإشكال ؛ فإن إطلاق الألف حقُّه أن يفسد العقد ، حتىٰ يلزمَ الرجوع إلىٰ مهر المثل ، ولا أثر للتنازع ، وموجَبُ هـٰذا القياسِ البيّنِ أنهما وإن تطابقا علىٰ إرادة الدراهمِ بالألف المطلق ، فالعقد لا ينعقد على الصحة ، و[تحصل][3] البينونة ، فيقع الرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ فإن العقود لا تعتمد في إبانة أعواضها النيّات ، وإنما النظر في الإعلام والجهالة إلىٰ صيغ الألفاظ لا غير ، واللفظ مجملٌ مرسل في صورة المسألة .

---

(١) في الأصل : طريقة .
(٢) في الأصل : وهو .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .

وذكر **العراقيون** مسلكاً آخر وغيروه قليلاً عما حكيناه عن **القاضي** ، فقالوا : إذا قال الرجل : خالعتك علىٰ ألف درهم ، ولم يكن في البلد نقد مطرد في الجريان ؛ بل كانت فيه نقودٌ مختلفة ، قالوا : إن اتفقا/ علىٰ أنهما قصدا ألفاً معلومة من صنوف الدراهم ، وتوافقا ، فيصح الخلع ، وذكر **القاضي** في الألف المرسلة مثلَ ذلك ، إذا فرض التوافق على الجنس ، ثم بنىٰ **العراقيون** علىٰ ما قدروا من التصادق ، فقالوا : لو أطلقا ألف درهم ، ثم اختلفا ، فذكر كل واحد منهم جنساً وصنفاً أنكره الثاني ، فهل يتحالفان ؟ ش٣٦

قالوا : في المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنهما [لا][1] يتحالفان ؛ فإن التحالف لا يجري في النيات ، وإنما يجري في صفة الألفاظ والعقود . وهـٰذا ليس بشيء ، والأصح التحالف ، وهو الذي قطع به **القاضي** .

وذكر **صاحب التقريب** الألف المرسلة من غير ذكر جنس أصلاً كما ذكره **القاضي** ، ثم سلك مسلك **القاضي** في التفريع .

٨٧٦١ـ ونحن بعدُ في مساق النقل ، ولـٰكنا نذكر في كل فصل من المنقولات ما يتعلق به في تهذيب النقل . فنقول الآن : لا معنىٰ للتقييد بألف درهم إن صح الانعقاد مع اختلاف النقود ، ولا فصل بين الألف المرسلة والمقيدة بجنس ، هـٰذا لا شك فيه . والبحث بعدُ أمامنا .

وذكر **شيخنا أبو محمد** طريقةً أخرىٰ في المسألة ، فقال : إن لم يتعارفا ، ولم يتواضعا علىٰ أن المراد بالألف ماذا ، فليس إلا القطع بفساد الخلع والرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ فإن الجهالة متمحضة ، لا دارىء لها سابقاً ولا [مقترناً][2] . وإن تواضعا علىٰ أن يعيّنا بألفٍ جنساً ونوعاً تواصفاه وأحاطا به/ ، فالذي أطلقه[3] أنهما لو توافقا علىٰ موجب التعارف ، وزعما أنهما عيّنا صنفاً تواضعا عليه ، فالخلع ينعقد . ي٣٧

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : مقرناً .
(٣) أطلقه : أي الشيخ أبو محمد .

وهـٰذا الذي ذكره ـ إن كنا نستمسك بالقياس الجلي ـ يلتفت على التردد في مهر السر والعلانية ، كما تقدم ذكرهما في كتاب الصداق ، وقد أوضحنا ثَمَّ أن الاعتبار بالعلانية ، ولا حكم لما جرىٰ في السر من اصطلاح وتواضع . وإذا كان كذلك ، فمقتضىٰ هـٰذا [يوجب](١) إظهارَ مذهبٍ في أن الخلع يفسد ؛ نظراً إلى اللفظ المبهم في صيغته .

ثم قال **شيخي** بانياً علىٰ طريقته : لو قالت المرأة في هـٰذه الصورة : أنا عنيت ألف فَلْسٍ ، وإن كان تعارفنا على الدراهم ، وقال الزوج : لا ، بل أردتِ ما وقع التعارف عليه . قال : في المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنهما يتحالفان ، وإليه ميل النص ، كما سننقله ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ بعد الفراغ عن نقل **الأصحاب** .

والثاني ـ أنهما لا يتحالفان ، بل الوجه الرجوع إلىٰ [نيتها](٢) ؛ فإن الاطلاع عليها عسر ، فالقول قولها مع يمينها .

ثم قال : إن قلنا : يتحالفان ، فإذا حلفا ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، وإن قبلنا قولها(٣) ، فأثر قبول قولها مع اليمين مُصيِّرٌ الألفَ مبهمة مجهولة ؛ فإنها ليست منكرة للمالية في الخلع ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل لها(٤) هـٰذا ما ذكره ، وزاد علىٰ **الأصحاب** ، فقال : إبهام الألف مع فرض تقديم التعارف/ في الصداق والأثمان والأعواض جُمَع يخرّج علىٰ هـٰذا التفصيل ، فلا فرق . هـٰذا منتهىٰ كلامه . ٣٧ ش

وقد قال **العراقيون** إذا ذكروا الخلاف في التعارف إذا قلنا : لا يتحالفان ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل لوقوع الاستبهام .

---

(١) في الأصل : « موجب » .
والمعنىٰ هنا أن الإمام يستدرك علىٰ شيخه القطعَ بأن الخلع ينعقد لو توافقا وزعما أنهما عينا صنفاً تواضعا عليه ، ويرى الإمام أن القياس الجلي علىٰ مهر السر والعلن يقتضي إظهار مذهبٍ هنا في أن الخلع يفسد ، لا القطع بانعقاده . والله أعلم .

(٢) في الأصل : « أثبتهما » والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٣) وإن قبلنا قولها : أي مع يمينها .

(٤) عبارة الأصل أقحمت فيها لفظةٌ هـٰكذا : « . . . فالرجوع إلىٰ مهر المثل لها ـ فأثر ـ هـٰذا ما ذكره » وهـٰذه الفقرة ـ مع ذلك ـ فيها نوع اضطراب وقلق مع ما قبلها .

٨٧٦٢ـ وعلينا في استتمام النقل صورٌ ذكرها **القاضي** علىٰ منهاج طريقه ، فنذكرها ، قال : [لو تخالعا](١) والألف مطلق لا تعرّف بالتعارف . إذا قال الرجل : عنيتِ بالألف الدراهم وأنت تعلمين [وخالفت](٢) المرأة ، فقالت : بل عنينا الفلوس وأنت تعلم ؛ فإنهما يتحالفان ، والرجوع إلىٰ مهر المثل .

وقال أيضاً : لو تخالعا علىٰ ألف مطلق ، واتفقا علىٰ أنه لم يكن منهما نية ، فالخلع فاسد ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ إذ الفرقة لا ترد ، وسبب فساد الخلع جهالة البدل في الصورة التي ذكرناها .

وذكر متصلاً بهـٰذا أنه لو خالعها علىٰ شيء ، أو ألف شيء [فالرجوع](٣) إلىٰ مهر المثل . وهـٰذا دالٌّ علىٰ أن الخلع على الشيء خُلع علىٰ مجهول ، والجهالة لا تزول بالتطابق على النية ، حتىٰ لو قالا : أردنا بالشيء درهماً ، فلا حكم لتوافقهما على الإرادة ، وكذلك القول فيه إذا قال ألف شيء ، و**إنما** أجرىٰ ما ذكرناه من تنزيل اللفظ على النية إذا جرىٰ ذكر الألف المطلقة ، ورأى الألفَ المطلقة قابلةً لأثر النية والقصد ، بخلاف الألف المقيد بالشيء .

ومما ذكره أن الرجل إذا قال [و](٤) قد جرى الألف : عنيتُ بها الدراهم ، وأنت عنيتِ الفلوس/ ، وأراد بذلك دفع الفرقة ؛ فإن الأمر لو كان كذلك ، لم تقع الفرقة ، وكان كما لو صرح الرجل بذكر الألف درهم ، فقبلت المرأة بألف فلس ؛ فإن [القصود](٥) إذا كانت تؤثر ، فهي نازلة منزلة العبارات متفقها كمتفقها ومختلفها كمختلفها ، ولما قال الرجل : عنيتُ أنا الدراهم وعنيتِ أنت الفلوس ، قالت المرأة : أنا عنيت الدراهم أيضاً ، فالرجل كما قدمناه يقصد دفع الفرقة ، فلا نقبل قولَه عليها

ي ٣٨

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) مكان كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) .
(٣) في الأصل : والرجوع .
(٤) الواو زيادة من المحقق .
(٥) في الأصل : المقصود .

[ونحكم][١] بوقوع الفرقة ، وهـٰذا منقاس حسن . ثم قال : وله عليها مهر المثل لتعذر تسليم المسمىٰ .

وهـٰذا مشكل كما سننبه عليه .

ومما ذكره أن الرجل لو قال : [عنيتُ][٢] الدراهم وأنتِ عنيت الفلوس ، [فقالت :][٣] أنا عنيتُ الفلوس كما ذكرتَ ، ولـٰكنك عنيتَ الفلوس أيضاً . قال : الطلاق واقع لوجود الإيجاب والقبول ، وعليها مهر المثل . وهـٰذا مشكلٌ أيضاً ، كما سنذكره إن شاء الله عز وجل .

٨٧٦٣ـ فهـٰذا منتهىٰ [الغرض][٤] في نقل قول **الأصحاب** وتفريعهم ، ونحن نتكلم وراء ذلك علىٰ جهة المباحثة فيما قدمنا نقله ، ونرى الكلام منقسماً إلىٰ ما يتعلق بالأمور الكلية ، وإلىٰ ما فرعه الأصحاب عليها .

٨٧٦٤ـ فأما الكلام على الكليّات ، فحاصل ما ذكره **الأصحاب** يحصره **طريقان** : **إحداهما** ـ وإليه ميْلُ معظم **الأئمة** ـ المصيرُ إلىٰ تثبيت العوض بالنية والقصد ، من غير تقدّم تواطؤ وتعارف/ . ٣٨ ش

والثانية ـ [مبناها][٥] على التعارف . فأما [إن][٦] لم يكن التعارف ، فقد رأيناهم مجتمعين من طريق النقل والفحوىٰ علىٰ أن الشيء إذا ذكر ، لم يثبت بالنية ، وإنما الذي ذكرناه في عددٍ لا يَبين المعدود فيه ، [كما][٧] لو ذكر عدد ، وضم إليه مجهول ، مثل أن يقال : ألف شيء ، فهـٰذا لا يثبت أيضاً بالنية ، وإنما يثبت عدد لا يقرن بمجهول .

---

(١) في الأصل : وحكم .
(٢) في الأصل : عنينا .
(٣) في الأصل : فقال .
(٤) في الأصل : الغوص .
(٥) في الأصل : منقضاها .
(٦) في الأصل : فأما من لم يكن التعارف .
(٧) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

ثم انقسم هـٰؤلاء بعد الإجماع الذي حكيناه في محله ، فاكتفى المعظم بذكر العدد المطلق . وشرط العراقيون ذكر الجنس ، مثل أن يقول : « ألف درهم » ، ثم قالوا : يتعين بالنية نوع من الجنس ، وإن كانت الدراهم مضطربة في البلدة . والممكنُ في توجيه ما قالوه أن الشيء إذا ذُكر ، فهو لفظ مصوغٌ للإبهام ، وكذلك إذا أضيف إليه ، أو فسر العدد به ، فقيل عشرون شيئاً ، فلا تؤثر النية في إزالة الجهالة واللفظ موضوع لإثباتها . وإذا قيل : ألفٌ ، فبيانه إتمامٌ ، فاعتقدوا أن النية تتمم ، ثم خرّجوا هـٰذا علىٰ تطريق الكنايات إلى النوايا بالطلاق ، وقالوا : عماد الخلع الطلاق ، فإذا كان لا يمتنع انعقاد الخلع بما هو كناية في الطلاق تعويلاً على النية ، [فكذلك][1] البدل إذا ثبت ثبوت الكناية ، لم [يبعد إتمامُه][2] بالقصد والنية ، ثم افتراق الأئمة في ذكر الجنس والسكوت عن النوع ، وأن هـٰذا [هل][3] يشترط أم لا ؟ محمولٌ علىٰ ما نذكره . تخيّل[4] العراقيون أن الألف بمثابة/ الشيء ، فإذا وُصل بجنسٍ[5] ، كان النوع بعده إتماماً . ي٣٩

وهـٰذا إن صحت الطريقةُ خَورٌ وجبنٌ . والسبيل أن العدد المطلق مفسر بالجنس والنوع ، وهـٰذا شديد الشبه بترددٍ حكيناه في أن بيع ما لم يره المشتري إذا صح ، فهل يشترط فيه ذكر الجنس أم لا ، وإن شرط معه ازديادٌ على الجنس ؟ فيه تردد قدمناه في موضعه . وهـٰذا تقريب شبَهي ، والمأخذان مختلفان .

والمأخذ الحقيقي هاهنا تشبيه أحد ركني الخلع [بالعوض][6] ، والثاني ـ يعني تشبيه لفظ العوض ـ بلفظ الطلاق ، وقد تحققتُ أن الأصحاب لم يحتملوا هـٰذا في

---

(١) في الأصل : وكذلك .
(٢) في الأصل : لم يتعدّ إتمامَه (بهـٰذا النقط والضبط) .
(٣) في الأصل : قيل . (وهو تصحيف خفيّ أرهقنا أياماً حتىٰ ألهمنا الله صوابه) .
(٤) قوله : « تخيّل العراقيون . . . إلخ » كلام مستأنفٌ ، تفسير وبيان لقوله : « ما نذكره » .
(٥) قوله : « فإذا وصل بجنسٍ . . . إلخ » معناه أن الألف إذا وصل بجنس ، مثل أن يقول : « ألف درهم » يكون النوع إتماماً مثل أن يقول : « ألف درهم هروية » فالدرهم جنس ، والهروية نوع .
(٦) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

المعاوضات المحضة . وسبب التردد في الخلع ما أشرنا إليه .

٨٧٦٥ـ هـٰذا منتهى الإمكان في ذلك الإشكال [بحاله][(١)] ؛ فإن العوض لا يثبت إلا معلوماً ، ويختص الخلع بأن العوض المجهول فيه لا يدرأ البينونة المقصودة ، بل يُرجع إلىٰ مهر المثل ، فأما إثبات المجهول عوضاً بالنية ، فلا سبيل إليه ، ولو قيل به ، لزم مثله في الشيء قطعاً .

والذي تكلفناه خيالٌ ؛ فإن النية تَحمل اللفظَ علىٰ إحدىٰ جهات الاحتمال ، ولا تصير كالصلة الزائدة فيه ، والألف [شائع][(٢)] في جميع معدودات العالم كالشيء وأظهر منه الألف المضافة إلى الشيء ، فلسنا نرىٰ للنية وقوفاً[(٣)] مع ذكر الشيء ، فليفهم الناظر ما نقدم ، وليقطع بما فيه من الاضطراب .

ولو طرد طاردٌ هـٰذا في المعاوضات/ كلِّها ، لكان أقرب ، وقد قال الفقهاء : ٣٩ش الجعالة مع ابتنائها على الغرر والجهالة يجب أن يكون العوض معلوماً [فيها][(٤)] بالجهة التي تعلم بها أعواض البيع ، والقدر الذي هو المتعلق أن الجهالة احتملت في الجعالة للضرورة ، ولا ضرورة في ذكر لفظ الكناية في الخلع . ثم انعقد الخلع بكناية الطلاق إجماعاً ؛ تعويلاً على النية ، والدليل عليه أيضاً أن من محض حكم الطلاق التعليق ، ثم وجدنا مالاً يُملّك بالتعليق في الطلاق من غير لفظٍ مملِّكٍ فيه . ولذلك إذا قال الرجل : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فإذا أعطت ألفاً ، مَلَكَ ، كما سيأتي بيانه ، إن شاء الله عز وجل .

ولهـٰذا الفصل وقعٌ عظيم في نفس الفقيه لما فيه من الميل عن القياس ، مع ما فيه من اتفاق **معظم الأصحاب** ، فليقع التعلق بهـٰذا الذي ختمنا الكلام به .

وقد نجز الكلامُ علىٰ طريقةٍ واحدة .

---

(١) في الأصل : محالة . (ولعلها : لا محالة) ويكون المعنىٰ : لا محالة (أي لا حيلة) بعد هـٰذا البيان لإنهاء الإشكال .

(٢) في الأصل : سائغ .

(٣) كذا . ولعلها (موقعاً) .

(٤) في الأصل : فبه .

٨٧٦٦ـ فأما من يراعي التعارف ، فلم أر هـٰذا أوّلاً لغير **شيخنا** وأنا أخشىٰ أنه ارتاع من مخالفة القياس ، فظن أن **الأصحاب** أرادوا التعارف ، وأنا أشك في أن **الأصحاب** لم يريدوه ، فإن صح التعويل على التعارف ، فالنظر علىٰ حسب ما يليق بهـٰذا أن نقول : المذهب الأصح أن التواضع [السّري][1] لا تعويل عليه ، وإنما الحكم للّفظ المعلن المذكور حالة العقد ، فكان يجب علىٰ هـٰذا أن يخرّج التعارف على الخلاف ، ولـٰكن ينقدح مع ما نبهنا عليه فرقٌ/ ، وهو أن التواضع إذا وقع علىٰ ألفٍ في السر ، ثم جرىٰ ذكرُ الألفين ، فموجب التواضع تغيير اللغة في هـٰذه المسألة ، وإذا جرى التواضع علىٰ حمل الألف علىٰ نوعٍ ، فهـٰذا من **باب** التواضع علىٰ تفسير مجملٍ [ما ذكراه][2] صريحاً وقصداه آخراً . وهـٰذا وإن كان فيه بعض الإخالة ، فليس يَدُلّ[3] .

ي ٤٠

فإن كان في المسألة فقهٌ ، فلا يعدو **وجهين** : **أحدهما** ـ أن الرجوع إلىٰ مهر المثل في جميع هـٰذه المسائل ، وهـٰذا هو القياس الجلي ، ولـٰكني لم أر هـٰذا لأحدٍ من **الأصحاب** ، حتىٰ [يسند][4] إليه مذهباً .

والوجه الثاني ـ ما ذكرته من فصل الكناية ، وهـٰذا وإن كان غامضاً ، فهو لائق بفقه الخلع ، علىٰ ما سنكمل الأنس به في مسائل الباب ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ أما التعارف والبناء عليه ، فليس من القياس الجلي في شيء ، وليس من الفقه الذي رأيناه تخصيصاً بالخلع في شيء .

وقد نجز الكلام في هـٰذا الفن مباحثةً في التفصيل ، مع تقدير القول بثبوت الألف بالنية .

فإذا اعترف الزوجان بأنهما لم ينويا شيئاً ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ فإن المعتمد النية ، فإذا لم تكن[5] ، تحققت الجهالةُ ، فانجرّ القول إلى القياس الجلي المطلوب .

---

(١) في الأصل : البريء .
(٢) في الأصل : ما ذكرناه .
(٣) كذا . (انظر صورتها) .
(٤) في الأصل : لسند .
(٥) تكن : كان هنا تامة .

وكذلك إذا [اتفقا][١] علىٰ أن أحدهما لم ينو ، فالألف لا تثبت بمجرد نية من ينوي ، ولا يقع الطلاق من غير عوض ، فلا طريق إلا مهر المثل .

وإن كان/ تنازعا في النية ، فزعم أحدهما أنه نوى الدراهم المعلومة ، وزعم الثاني أنه نوى الفلوس ، فهـٰذا فيه [تثبت][٢] ؛ فإن لم يدع أحدهما على الثاني شيئاً ، ولـٰكن أخبر عن نية نفسه ، فليس هـٰذا محلَّ التحالف بلا خلاف ، والسبيل فيه الرجوع إلىٰ مهر المثل ، كما قدمناه . ٤٠ ش

وإن قال الرجل مثلاً : عنيتُ الدراهم وعنيتِ أنت الدراهم ، وقالت المرأة : عنيتُ الفلوس وعنيتَ أنت الفلوس ، وادعىٰ كل واحدٍ مع ما ذكرناه عِلْمَ صاحبه ، فهـٰذا موضع تردد **الأصحاب** ، فمنهم من قال : يتحالفان ، وهو بمثابة ما لو اختلفا في عوض الخلع تصريحاً به ، فقال الزوج : خالعتك علىٰ ألف درهم وقالت : بل خالعتني علىٰ ألف فلس ، ولو اختلفا كذلك ، لتحالفا ، ثم الرجوع إلىٰ مهر المثل ، وهـٰذا الوجه هو الذي قطع به **القاضي** ، وهو القياس إن يثبت الأصل الذي ذكرناه ؛ فإن النية نازلة في هـٰذا الأصل منزلة النطق المصرح به .

٨٧٦٧ـ وذكر **العراقيون** وجهاً آخر : أن التحالف لا يجري ؛ فإن هـٰذا تحالفٌ في النية ، والقياس أن يرجع في صفة كل نية إلى الناوي ، وهـٰذا يعارضه أن القياس أن يرجع في صفة كل قول إلى القائل ، وفي صلة كل عقدٍ إلى العاقد ، ثم إذا اختلف المتعاقدان في صفة العقد ، تحالفا ؛ إذ ليس أحدهما بأن يصدق أولى/ من الثاني ، وإذا كانت النية مرجوع العقد ، كانت كاللفظ ، وليس كما لو وجد التناكر في نية الطلاق ؛ فإنا إذا صدقنا الزوج ، انعدم العقد ، وهاهنا البينونة واقعة ، والرجوع في صفتها إلىٰ لفظ . ٤١ ي

قال **العراقيون** : إذا قلنا : لا يتحالفان ، فلسنا نحلّف واحداً منهما ؛ إذ ليس أحدهما أولىٰ من الثاني ، ولو قدرنا تحليف كل واحدٍ منهما ، لكان يقتضي هـٰذا ألاّ

---

(١) في الأصل : اتفقتا .

(٢) في الأصل : تثبيت . والمعنىٰ هنا : « فيه تفصيل » .

يقع الفراق بمثابة ما لو قال الزوج : خالعتك بألف درهم ، فقالت : قبلت بألف فلس ، ولو جرىٰ ذلك ، لم يقع شيء ؛ فإنها لم تقبل ما طلقها عليه . وإذا رجع الخلاف إلى النية ، فالبينونة واقعة بلا خلاف . فإن جرى التوافق في اللفظ وهو المعتمد في وقوع البينونة ، ولا سبيل إلىٰ دَرْئها ، فإن قلنا : القول قولها فيما تعني ، عارضه أن القول قوله فيما يعني ، [فينتظم][1] من مجموعه جهالة لا دَرْءَ لها ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، وليس في هـٰذا كبير فائدة إلا أن الحلف يسقط ، وإسقاط الحلف في نهاية البعد ؛ فإن الأيمان لا تُعنىٰ لأعيانها ، وإنما يتوقع منها نكولٌ وردُّ يمينٍ أو نكول [عن][2] يمين الرد وإقرار ، فحسْمُ باب الحلف لا وجه له . وإذا لم يحسم ، فليس أحد الجانبين أولىٰ من الثاني ، ثم ثمرة الوجهين جميعاً الرجوعُ إلىٰ مهر المثل ، وإذا كان كذلك ، فلا معنى/ لرد قياس التحليف مع الموافقة في المقصود . ش ٤١

وقد انتهى الكلام في ذلك .

٨٧٦٨ـ فلو قال الرجل : عنيتُ بألفٍ [دراهم][3] ، وأنتِ تعلمين أني عنيتُها ، وقالت المرأة : عنيتُ بالألف الفلوسَ وأنت تعلم أني عنيتُها ، ولم يزيدا علىٰ هـٰذا ، ولم يدع واحد منهما علىٰ صاحبه أنك عنيتَ ما عنيتُ ، فالذي نقله موثوق به عن **القاضي** أنهما يتحالفان ، والرجوع إلىٰ مهر المثل .

وهـٰذه الصورة مشكلة ؛ من جهة أن الزوج لا يستمر له دعوى الألف عليها ما لم يدع أنها قبلت الألف ، وإنما صح قبولها بلفظها ونيتها ، وكذلك القول في الطرف الآخر ، فكيف الوجه في ذلك ؟ الذي عندي فيه أن المراد بهـٰذه الصورة هو المراد بالصورة الأولىٰ ؛ فإنه إذا قال : علمتِ ما عنيتُ معناه قبلتِ ما علمتِ ، ففي التصوير إيجازٌ ، وإلا ، حاصل الكلام : أنك علمتِ قصدي وبنيتِ قبولك علىٰ ما علمتِ ، وكذلك القول في جانبها .

فأما إذا لم يدّع الزوج عليها قبولَ الدراهم ، والمرأة لم تدّع على الزوج التطليقَ

---

(١) في الأصل : ينتظم .
(٢) في الأصل : من .
(٣) في الأصل : درهم .

بالفلوس ، فكيف الوجه فيه ؟ هـٰذا يستدعي تقديمَ أصلٍ : وهو أنهما لو اتفقا على اختلاف النيتين ، وقد قال الزوج : خالعتك علىٰ ألفٍ ، فقالت : قبلتُ الألف ، وتصادقا على اختلاف القصدين ، فالذي يجب القطع به أن الطلاق يقع ظاهراً ، فإن اللفظين متوافقان ظاهراً ، وليقع الفرض في التصريح بالطلاق ، ولـٰكنَّ/ [أثرَ توافقهما في اختلاف القصد أن الزوج لا يطالبها][1] بمالٍ ؛ فإنه معترف بأنه لم يوجد [منها][2] التزام ما ألزمها الزوج ، ولـٰكن لا يقبل قوله في رد البينونة المغلّظة بظاهر اللفظ .

٤٢ ي

فإن قيل : هـٰذا حكم الظاهر ، فما حكم الباطن في علم الله تعالىٰ لو فرض اختلاف النيتين ؟ قلنا : قياس الأصل الذي بنينا عليه هـٰذه التفاريع أن النية مع الألف المطلقة بمثابة اللفظ الصريح .

ولو قال : خالعتك علىٰ ألفِ درهم ، فقالت : قبلت بألف فلس ، لم يقع الطلاق .

ولو قال لامرأته : أنت طالق ، وزعم أنه نوىٰ طلاقاً عن [وثاقٍ][3] ، فإن كان صادقاً ، فالحكم أنه لا يقع الطلاق باطناً ، ولـٰكن يَعلمُ من نفسه صدقَ نفسه ، فهو باطن يمكن الاطلاع عليه ، فكان باباً من أبواب الفقه متميزاً عن الغيب . وتخالفهما في النية لا يطلع عليه واحد من الزوجين ، فليس هـٰذا من المواطن الملتحقة بأبواب التديين[4] ، بل هو بمثابة ما لو قال زيد : إن كان هـٰذا الطائر غراباً ، فامرأته طالق ، وقال عمرو : إن لم يكن غراباً ، فامرأته طالق ، فلا يُحكم بوقوع الطلاق علىٰ زوجة واحدٍ منهم ، إذا تحقق اليأس من درك الحقيقة ، وما يقدّر متعلقاً بعلم الله تعالىٰ غيبٌ لا يقع به حكم ، لا في الظاهر ، ولا في الباطن ، لـٰكن الطلاق يتعلق به احتياطٌ ، والاحتياط/ في مسألتنا الحكمُ بوقوع الطلاق البائن منهما .

٤٢ ش

٨٧٦٩ـ مباحثةٌ أخرىٰ : حكينا من تفريعات **القاضي** أنه إذا قال الرجل : عنيتُ

---

(١) عبارة الأصل : « . . . أثر توافقهما في اختلاف القصد من الزوج لا يطالبهما بمال » .

(٢) في الأصل : منهما .

(٣) في الأصل : وفاق .

(٤) أبواب التديين ، وقاعدته ستأتي في كتاب الطلاق إن شاء الله .

بالألف الدراهمَ ، وأنتِ عنيت الفلوس ، وقالت المرأة : بل عنيتُ الدراهم ، فلا يقبل قوله عليها ، وهي تدعي موافقته ، ويحكم بوقوع الفرقة المبينة . وحكينا أنه قال : له عليها مهر المثل لتعذر تسليم المسمّىٰ . أما الحكم بوقوع الفرقة فبيّنٌ بناء علىٰ ظاهر اللفظ وما فيه من التوافق ، وأما إيجاب مهر المثل عليها ، فلا يستقيم على الأصل ، لأن الزوج يدّعي أن الطلاق لم يقع ، وإذا لم يدع الوقوع كيف يثبت له العوض ، وهو لا يدّعيه بموجب قول نفسه ، ومن لا يدّعىٰ مالاً كيف يطالِب به ؟ فإن قال قائل : لو صدّقها من بعدُ أنها عنت[1] الألف التي عناها هو ؟ قلنا : إذ ذاك نطالبها بالمسمى المعيّن ، لا بمهر المثل .

٨٧٧٠ـ مباحثةٌ أخرىٰ : حكينا في تفريع **القاضي** أن الزوج إذا قال : عنيتُ الدراهمَ وأنتِ عنيتِ الفلوس ، وقالت المرأة : بل عنيتَ أنت الفلوسَ ، وأنا عنيتُ الفلوس ، قال : الطلاق واقع لوجود الإيجاب والقبول ، وعليها مهر المثل .

أما وقوع الطلاق ، [فبعيد ؛ لاعتراف][2] الزوج بأنها عنتِ الفلوس ، ولو عَنَتْها ، لكانت نيتها كلفظها ، ولو صرحت ، لما وقع شيء إذا تخالفا ، وإذا لم يقع شيء ، لم يثبت عوض .

ي ٤٣ ونحن نختم هـٰذه المباحثات بشيء ، فنقول : لعل **القاضي** يقول : إذا توافقا/ على القصد ، فالقصد مع اللفظ كاللفظ الصريح ، وإن لم يقصدا شيئاً ، فهو خلع بمجمل .

---

(١) عنى الشي : قَصَده . من باب (رمىٰ) . تقول : عنيتُ أنا الدراهم ، وعنَتْ هي الفلوس .

(٢) عبارة الأصل مضطربة ، ومتناقضة ؛ فقد جاءت هـٰكذا : « أما وقوع الطلاق ، فبين ، لا نزاع ، لاعتراف الزوج بأنها عنت الفلوس » . هـٰكذا تقرأ (بعد تصويب ما فيها من تصحيف) والتناقض واضح فالتعليل لظهور وقوع الطلاق ، هو في الواقع تعليل لعدم وقوعه . ويشهد لصحة قولنا وتصويبنا ـ علىٰ وضوحه ـ عبارة العز بن عبد السلام ، فقد قال : « ولو قال : أردتُ الدراهم ، وأردتِ الفلوس ، فقالت : بل أردنا الفلوس ، وجب مهر المثل عند القاضي ، ولا وجه لما قال ، لاعتراف الزوج ببطلان الالتزام ؛ فإن اللفظ لو وقع كذلك لم تطلّق » (ر . الغاية في اختصار النهاية : جزء ٣ ورقة ١١٨ش) . وانظر الروضة : ٧/ ٤٣٢ ، ٤٣٣ . (وأخيراً انظر صورة عبارة الأصل ، فقد يبدو لك فيها قراءة أخرىٰ) .

وإن اختلف قصدهما ، بطل القصد ؛ فإن شرط صحة القصدين بتوافقهما ، فإذا اختلفا ، بطلا ، وصار كما لو لم يقصدا شيئاً . وهـٰذا يعضده أن الطلاق لا مردّ له إذا وجد التوافق من طريق اللفظ ، وعن هـٰذا يظهر أن التردد في الباطن لا حاصل له ، وإن كان ذلك غيباً فيما ذكرناه .

٨٧٧١ـ فإذاً الأحوال **ثلاث** : **إحداها** ـ أن يتوافقا في القصد ، كاللفظ .

والحالة الثانية ـ أن يختلفا ، فيدّعىٰ كلٌّ مقصوداً من نفسه ، ويدعي مثلَ ذلك من صاحبه ، فهـٰذه صورة التحالف .

والحالة الثالثة ـ أن يختلف القصدان فيحكم ببطلانهما ، ورجع الخلع إلى العوض المجهول .

ويخرج من هـٰذا أن القصد معتبر في الوفاق ساقط في الخلاف ، فإن كان هـٰذا ينساغ ، فعليه تخرج أجوبة **القاضي** في التفريع ، فإن وجب اعتبار القصد في الخلاف كما يجب اعتباره في الوفاق ، فلا تصح أجوبته فيما ذكرناه من التفريعات المتأخرة .

وكل ما ذكرناه أصل واحدٌ من الأصلين الموعودين .

٨٧٧٢ـ الأصل الثاني يتعلق بخلع الأجنبي بنفسه ، وتوكيل المرأة إياه ، وتوكيله المرأة ، فنقول : لم يختلف العلماء ـ في أن الأجنبي لو سأل الرجلَ أن يطلق زوجته علىٰ مال ، فأجابه ـ أن الخلع يصح ، والعوض يلزم الأجنبي/ . ٤٣ ش

والمرأةُ لو وكلت أجنبياً حتىٰ يختلعها من زوجها بمال تبذله المرأة ، فذلك صحيح . وإن وكل الأجنبي أجنبياً ، صح أيضاً ، ولو وكل أجنبي المرأة حتىٰ تخلع نفسها عن زوجها بمال يبذله الأجنبي الموكِّل ، جاز . وهـٰذه الأصول متفق عليها .

ثم من كان وكيلاً بالاختلاع ، نُظر . فإن أضاف لزوم المال إلىٰ موكِّله ، لم يتعلق الطَّلِبةُ به ، وكان في البَيْن سفيراً رسولاً . وإن التزم مطلقاً ونوىٰ بالتزام المال جهةَ موكله ، فتفصيل القول في مطالبته كتفصيل القول في مطالبة الوكيل بالشراء ، وقد سبق الكلام مستقصىً في العُهدة . والمقدارُ الذي تمسُّ الحاجة إلىٰ إعادته أن مستحق المال لو لم يصدِّق الوكيل في دعوى الوكالة ، فله مطالبته ، وإن صدقه ، فظاهر المذهب أنه

يطالبه أيضاً ؛ لالتزامه وإضافته لفظ الالتزام إلىٰ نفسه ، ثم هو يرجع علىٰ موكِّله رجوعَ الضّامن على المضمون عنه .

ومن **أصحابنا** من قال : [إن][١] اعترف بكونه وكيلاً ، لم يطالبه ، كما لا [يطالَب][٢] السفيرُ .

هٰذا بيان الأصل الذي حاولنا تقديمه .

٨٧٧٣ـ ونعود بعد ذلك إلى النص[٣] ، فنقول : تعرض **الشافعي** لاختلاف الزوجين في [أمرين :][٤] **أحدهما** ـ هٰذا الذي نحن فيه الآن ، **والآخر** ـ الاختلاف في الفلوس بالدراهم .

ي ٤٤ فأما تفصيلَ القول في الاختلاف المتعلق بالخلع عن جهة/ الغير ، فإنا نبتدىء تفصيلَ ذلك ، ونستعين بالله ، وهو خير معين ، ونقول : إذا قال الزوج : طلقتك علىٰ ألفٍ عليك ، وقالت المرأة : أنا لم أتعرض لقبول الألف ، وإنما قبلها عنك فلان الأجنبي ، وجرى الخلع بينكما ، فالبينونة واقعة بإقراره ، والقول قولها في نفي الاختلاع مع يمينها ، فإنها أنكرت أصل تعلّق العقد بها ، [ولا][٥] يستحق الزوج علىٰ ذلك الأجنبي شيئاً أيضاً ؛ فإنه بريء بموجب إقراره وقوله ، فينفذ الحكم بالبينونة[٦] ، ثم لا يملك مالاً ؛ إذا[٧] اختلعت المرأة علىٰ نفي الالتزام . وهٰذه الصورة بيّنة .

ولو قال : خالعتك علىٰ ألف التزمتِه مطلقاً ، وقالت المرأة : قلتُ قبلتُ عن فلان

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : يطالبه .

(٣) نذكّر بنص الشافعي ، وهو : « فإن قالت : اخلعني علىٰ ألفٍ ضمنها لك غيري ، أو علىٰ ألف فلسٍ ، وأنكر ، تحالفا ، وكان له عليها مهر مثلها » .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : فلا .

(٦) خالف في ذلك ابنُ أبي عصرون ؛ إذ قال : « قلتُ : لا يكفي في ثبوت البينونة إقراره ، بل إقراره وتصديقها أنه خلعها ، وقوله : إن القول قولها في تنفِ الاختلاعَ سهو ؛ فإنها لم تنفي الاختلاع ، وإنما نفت الالتزام ، أو مباشرة الاختلاع » ا . هـ .

(٧) إذا اختلعت : بمعنىٰ إذ .

ألفاً ، ولم أضف الالتزام إلىٰ نفسي . وقد قدمنا فيما سبق أن السفير لا ضمان عليه ، وهي لو صُدِّقت سفيرةٌ علىٰ رتبة الرسالة ، وإذا جرى الاختلاف علىٰ هـٰذه الصيغة ، فقد ذكر **المراوزة** أنهما يتحالفان والرجوع إلىٰ مهر المثل ، وعللوا بأنهما اتفقا علىٰ جريان العقد مبهماً ، واختلفوا في صفة العقد على الوجه الذي وصفناه ؛ فاقتضىٰ ذلك أن يتحالفا .

٨٧٧٤ـ وذكر **العراقيون** وجهين : **أحدهما** ـ أنهما يتحالفان ، كما ذكره **المراوزة** .

والثاني ـ أنهما لا يتحالفان ؛ فإنها أنكرت أصل/ الالتزام كما[1] ادعت السفارة ؛ ومن أنكر أصلَ الالتزام والأصلُ براءة ذمته ، فالوجه أن يحلّف[2] . وهـٰذا الوجه متجه منقاس ، غير أنهم نقلوه ، وأفسدوه بالتفريع ، فقالوا : لا تحالف ولـٰكن يلزمها مهر المثل ، وهـٰذا علىٰ نهاية السقوط ؛ فإنها أنكرت أصل الالتزام ، فإن كانت مصدَّقة ، فكيف تطالب ، وأثر التصديق أن يثبت الحكم علىٰ صفته إذا لم يكن نزاع ، ولو صدق الزوج زوجته فيما ادعته من السفارة ، لكان لا يلزمها شيء ، وهـٰذا واضحٌ لا [دفْع][3] له .

٤٤ ش

فإن قيل : ما الذي تعتمدونه في إثبات التحالف بينهما ؟ قلنا : جرىٰ أصل العقد وما فيه من الالتزم ، واعترفت المرأة بالالتزام ، ولـٰكنها ادعت سقوطه بإضافتها اللزوم إلىٰ غيرها ، فأمكن أن يكون في هـٰذا تردد في التصديق [ونقيضه][4] ، ووجه التصديق أوضح ، والوجه الآخر متضح ؛ فإنها صاحبة الواقعة ، ففي توكّلها عن الأجنبي بعدٌ ، وإذا احتمل الأمران على استواء ، انطبق عليه احتمال صدق الزوج وكذبه علىٰ هـٰذا النسق ؛ وهـٰذا يوجب استواء الجانبين ، ومقتضاه التحالف . ثم التحالف موجبه الرجوع إلىٰ مهر المثل ، ثم الرجوع به علىٰ من رجع البضع إليه . هـٰذا وجه التحالف .

والقياس الحق أن لا تحالف ؛ فلا مال عليها ، ويخاطب الزوج بموجب إقراره ،

---

(١) كما ادّعت السفارة : بمعنىٰ عندما ادعت . . .
(٢) فالوجه أن يحلّف : أي أن القول هنا قول الزوجة مع يمينها ، ولا يحلّف الزوج ليردّ قولها .
(٣) في الأصل : وقع .
(٤) في الأصل : ونقضه .

ي ٤٥ ويقضىٰ عليه بالفرقة ، ولا مرجع له علىٰ أحد/ بالمال ، كما لو قال لامرأته : خالعتك أمس علىٰ ألف فقبلتِها ، فأنكرت ، [فالبينونة][1] تثبت بموجب إقراره ، ولا يثبت المال .

٨٧٧٥ـ ثم ذكر **صاحب التقريب** مسألة متصلة بما نحن فيه ، فقال : إذا جرى الخلع بين الرجل وامرأته ، فأطلقت المرأة التزامَ المال ، ثم قالت : أردت بمطلق قولي ولفظي ألفاً يؤديها موكلي فلان ، ولم أقصد التزاماً يخصّني ، فقد ذكر **صاحب التقريب** هاهنا **قولين** : **أحدهما** ـ أنهما يتحالفان ، وأن هـٰذا الاختلاف إلىٰ مقدار العوض وجنسه .

والقول الثاني ـ أن القول قولُ الزوج ؛ فإن المسألة مفروضة فيه إذا [أطلقتْ قولها وقبولها][2] ، والظاهر أنها التزمت العوض في خاصّتها ، فالقول قول الزوج لهـٰذا الظاهر ؛ والتحالف إنما يجري إذا استوى الجانبان في احتمال الصدق والكذب .

ثم ذكر **قولاً ثالثاً** ـ أن القول قول المرأة ؛ فإنها الناوية ، فهي أعرف بنيّتها وقَصْدها ؛ [فالرجوع إليها][3] ، وهـٰذا قول ملتبس .

ونحن نقول في كشف الغطاء فيه : إن كنا نطالب الوكيل الملتزمَ باللفظ المطلق ـ وهو ظاهر المذهب ـ فهـٰذا الاختلاف لا خير فيه ؛ فإنها معترفة بأنها مطالَبةٌ بالمال كيف فرض الأمر .

وإن فرعنا علىٰ أن الوكيل لا يطالَب ، فإن أضاف الالتزام إلىٰ نفسه ، فهـٰذا الكلام ش ٤٥ مختل محتاج إلى التفصيل ، فإن أنكر الزوج أصلَ التوكيل ، فلا معنىٰ للترديد/ الذي ذكر . وإن اعترف بالتوكيل وردّ النزاع إلىٰ نيتها ، فهـٰذا [أوان][4] الاحتمال علىٰ بُعد .

والوجه ـ مع الاعتراف بالتوكيل والتفريع علىٰ أن الوكيل لا يطالب بالعهدة في العهد

---

(١) في الأصل : فالبينة .
(٢) في الأصل : إذا طلقت وقولها وقبولها .
(٣) في الأصل : « فالزوج عليها » والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٤) في الأصل : فهـٰذا وإن الاحتمال .

المطلق ـ أن تُصدّق المرأةُ ؛ فإنها الناوية ، وهي أعرف بنية نفسها ، فالكلام كيفما فرضته [مختبط][(١)] لا أصل له .

٨٧٧٦ـ وأما الكلام في الاختلاف في الدراهم والفلوس ، فقد مضىٰ موضحاً في الأصل الأول إذا[(٢)] ذكرنا القاعدة ومحل التحالف علىٰ أبلغ وجه يتعلق بإمكاننا .

٨٧٧٧ـ ولم يبق الآن إلا نقلُ اللفظ في (**السّواد**) علىٰ وجهه ، وردُّ النظر إليه .
قال الشافعي : « **فإن قالت : علىٰ ألف ضمنَها لك غيري ، أو قالت : علىٰ ألف فلسٍ وأنكر ، تحالفا ، وكان له عليها مهر مثلها** » هـٰذا هو اللفظ الذي نقله **المزني** .

أما التحالف في الضمان ، فليس يحتمل اللفظُ إلا صورة واحدة ، وهي أن يقول الزوج : أطلقتِ الالتزام ، وتقول المرأة : بل أضفتُه إلىٰ غيري . هـٰذا هو الذي قطع **المراوزة** فيه بالتحالف ، علىٰ موجب النص .

وحكىٰ **العراقيون** فيه وجهين : **أحدهما** ـ التحالف .

والثاني ـ أنهما لا يتحالفان وعليها مهر المثل ، وقد ذكرنا أن القياس ألا يتحالفا ولا [يلزمها][(٣)] شيء ، ولـٰكن لم أر أحداً من المعتَبرين يصير إلىٰ هـٰذا ، [فأُسنِدُه][(٤)] إليه أو أعلقه بفحوىٰ كلامه .

فإن قال قائلٌ : هـٰذا القياسُ ، أمكن حمل نص **الشافعي** علىٰ مجمل ، ولـٰكن لا معنىٰ للتشاغل به . وأما قول/ **الشافعي في الفَلْس** ، فليس يبعد حمله على اختلافهما في الدراهم والفَلْس صريحاً ، ونفرض النص فيه إذا قال الزوج : خالعتك علىٰ ألف درهم وقبلتِه ، وقالت : بل خالعتني علىٰ ألف فلس فقبلتُه . ولـٰكن في المذهب ما فيه من وجوه الإشكال[(٥)] .

٤٦ ي

---

(١) في الأصل : مخبط .
(٢) إذا : بمعنىٰ (إذ) .
(٣) في الأصل : يلزمهما .
(٤) في الأصل : وأسنده .
(٥) عبارة المختصر هـٰذه محلّ الإشكال ، علق عليها الرافعي في الشرح الكبير قائلاً : « ظاهر هـٰذا النص يقتضي التحالف فيما إذا أقرّت بالاختلاع ، وقالت : ضمن المال فلان ، ولا وجه فيها
=

وغايتنا أن ينتهي كل فصل إلىٰ حقيقته ، ولا نغادر شيئاً من وجوه الاحتمال ، ونحيل المذهب على النقل الصحيح ، فنكون جمعنا بين وجوه القياس ، وبين تحقيق النقل ، والتنبيه علىٰ حقيقة الفصل .

٨٧٧٨ـ ومما ذكره **القاضي** في أعقاب المسألة : أن الرجل لو قال : طلقتك علىٰ ألف عليك ، ولم أشترط ضمان الأجنبي ، وقالت : طلقتني بألفٍ عليّ علىٰ أن فلاناً الأجنبي ضامن ، فهـٰذه المنازعة لا معنىً لها ؛ فإنها أقرت بالالتزام تحقيقاً ، وذكرت شرط ضمانٍ لو صح ، لم ينفعها ، وإنما كانت تُثبت مزيدَ تعلّقٍ للزوج ، فكأنها [ادّعت][1] للزوج حقاً ، والزوج يُنكر ، وهـٰذا ثابت لا شك فيه .

فَصْلٌ

قال : « ولو قالت : طلقني ولك عليَّ ألف درهم ، فقال : أنت طالق على الألف إن شئت ، فلها المشيئة وقتَ الخيار . . . إلىٰ آخره »[2] .

٨٧٧٩ـ نقول في مقدمة الفصل : إذا كانت صيغة قول الرجل علىٰ صيغة [المعاوضة][3] ، فتقتضي جواباً عاجلاً ، كما يقتضيه الإيجاب في البيع والإجارة ، ونحوهما/ من المعاوضات [المفتقرة][4] إلى الإيجاب والقبول ، والذي ذكره ش ٤٦

= للتحالف ؛ بل هي مطالبة وإن كان هناك ضامن . فاختلف الأصحاب : حكى الحناطي عن بعضهم أن المسألة غلط من الكاتب . ومنهم من قال : الجواب راجع إلىٰ صورة الاختلاف في الفلس ؛ فربما جمع الشافعي بين مسألتين ، فأجاب في إحداهما ، وترك جواب الأخرىٰ والأكثرون ردوا الجواب إليهما ، واختلفوا في محل النص » انظر تفصيل الصور والطرق التي وصل بها الرافعي إلىٰ سبع طرق . في الشرح الكبير : ٨/ ٤٧٤ ، ٤٧٥ .

(١) في الأصل : أودعت .

(٢) ر . المختصر : ٤/٥٧ ، ٥٨ . والمثبت نص عبارة المختصر ، فقد كانت عبارة الأصل مضطربة هـٰكذا : « ولو قالت له : طلقني ولك علي ألف درهم ، فقال : أنت طالق علىٰ ألف إن تثبتت لها المشيئة وقت الخيار » .

(٣) في الأصل : المعارضة .

(٤) في الأصل : المقرة .

الأصحاب فيه الاتصالُ ، والإحالةُ على العرف ، وقد تقصَّيت هـٰذا في البيع ، وأوضحتُ أن المنتهى المطلوبَ فيه أن لا يتخلل زمانٌ يشعر تخلُّله بإعراض المخاطَب عن الجواب ؛ فإذا تخلل مثله ، انقطع .

ومن لطيف الكلام في ذلك أنه لو أمكن تردده ليفكر ويرعى المصلحة ، ويرىٰ ما عنده ، فلا معوّل علىٰ هـٰذا ؛ فإن الإيجاب والقبول مبنيان علىٰ تقديم الرأي ، ومن يوجب يبتدىء الكلام ، وغرضه أَخْذُ الجواب على الفور ، لا تفويضُ الأمر إلى المخاطب ليرىٰ [رأيه][1] . فإذا تخلل ما يقطع الاتصال الذي ذكرناه ، بطل التواصل ، ولو وجد قبول من بعدُ ، لم ينفع . والمذهب أنه لو تخلل كلامٌ يسير لو فرض بدله سكوت لما انقطع ، فلا أثر لتخلل ذلك الكلام ، **ونصُّ الشافعي** : [شاهد][2] فيه ؛ فإنه **قال** : « **لو خالع امرأته ، فارتدت ، ثم قبلت ، ثم عادت قبل انقضاء العدة ، وهي ممسوسة ، فالخلع واقع** » ، فلم يجعل تخلل كلمة [الردة][3] قاطعة للجواب عن الإيجاب .

وذكر **الشيخ أبو علي في شرح التلخيص** أن تخلّل كلامٍ من القابل بين الإيجاب والقبول يقطع القبول ، وهـٰذا غير سديد ؛ فإنه [لا يدلّ][4] على الإعراض ، والنص يخالف ما قال ، كما/ ذكرته . ٤٧ ي

ولو طال الزمان ، وكان المجلس الواحد جامعاً لهما ، فينقطع العقد ، ولا أثر لاتحاد المجلس ، لم يختلف فيه **أئمة المذهب** . وقد يُطلق **الشافعيُّ** لفظ المجلس في مثل ذلك ، ولا يعني به المجلس الذي يتعلق به خيار المجلس ؛ فإن ذلك المجلس وإن طال ، امتد الخيار بامتداده ، فمن أطلق المجلس [عَنَىٰ][5] المجلسَ القصير الذي يليق بمجلس المخاطب علىٰ ما سبق تفصيله . ولو وُجد الإيجابُ ، ففارق المخاطَبُ

---

(١) في الأصل : برأيه .
(٢) في الأصل : مشاهد .
(٣) في الأصل : الرّد .
(٤) في الأصل : لا يزل .
(٥) في الأصل : علىٰ .

المجلسَ مفارقةً ينقطع بها خيار المجلس ، ولـٰكن قَرُبَ الزمان ، فأجاب ، ففي العقد وجهان ، والأصح الانعقاد ؛ تعويلاً على الزمان ، فمن لم يحكم بانعقاده ، جعل المفارقةَ مشعرةً بالإعراض .

٨٧٨٠ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الخلع عريّاً عن التعليق ، وقال الزوج خالعتك ، أو طلقتك بألفٍ أو علىٰ ألفٍ . فأما إذا ذكر الزوج لفظ التعليق ، فقد يستدعي قوله فوراً ، وقد لا يستدعيه ، فإذا قال لامرأته : متىٰ ما ضمنت ، [أو متىٰ ضمنت أو مهما][1] ضمنت ألفاً ، فأنت طالق ، فهـٰذا على التراخي . وإذا قال : إن ضمنت ألفاً ، فأنت طالق ، فهـٰذا يقتضي أن تضمن على الفور .

فأما حمل متىٰ ، وما ، ومهما ، وأي وقت على التراخي ، فلصريح اللفظ ، ولقبول الخلع لهـٰذا المعنىٰ . وقد قررناه عند تمهيد الخلع وحقيقته وماهيته وما فيه من شوب[2] ، واسترداد ، وتمحّض ، فأما حمل [إن][3] على الفور ، فليس من جهة استدعاء (إن) فوراً/ ، فإنه شرطٌ والشرط ، ينبسط على الأزمان . وإذا قال الرجل لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، لم يقبل ذلك فوراً ، ولـٰكن يقترن بـ(إن) العوضيةُ ، وهي مقتضية التعجيل ، و(إن) الشارطة ليست صريحة في اقتضاء التأخير ، فاقتضت القرينةُ الفورَ ، وليس كما لو قال : متىٰ أو متىٰ ما ضمنت ، فإن ذلك تصريح بتجويز التأخير . ومقتضى النصوص لا تدرؤه القرائن .

ش٤٧

٨٧٨١ـ وإذا قال لامرأته : أنت طالق إن شئت . فهـٰذا يقتضي مشيئتها على الفور والاتصال ، وإن لم يكن في الكلام معنىٰ ، وليس كما لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، وليس هـٰذا من مقتضيات كتاب الخلع . ومهما جرىٰ ذكر طلاقٍ من غير تعرضٍ

---

(١) عبارة الأصل : قال لامرأته : « متىٰ ما ضمنت أو متىٰ ما مهما ضمنت » .

(٢) من شوْبٍ ، واسترداد ، وتمحض : يريد شوب الجعالة والعوض ، واسترداد العوض إذا قلنا بأنه فسخ ، والتمحّض للعوضية . ويشير إلىٰ ما سلف قريباً في (باب مخاطبة المرأة بما يلزمها من الخلع) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

لذكر [عوض][(١)] ، فهو معترض في الخلع ، فليُلْحَقُ بمسائل كتاب الطلاق .

ولـٰكن إذا جرىٰ هـٰذا وهو مجمع عليه ، فلا بد من الإشارة إلىٰ تعليله ، مع [إحالة][(٢)] تحقيقه علىٰ كتاب الطلاق ، فنقول : أما احتمال دخول الدار للتأخير ، وما في معناه في قوله : إن دخلت ، فبيّنٌ ، لا حاجة إلىٰ كشفٍ ، وإنما نميز عن هـٰذا القبيلِ إذا قال : أنت طالق إن شئتِ ، فسببه أن قوله : إن شئتِ معناه استدعاء جواب ، فكأنه إذا قال : إن شئت يلتمس منها جواباً بذكر المشيئة ، وشرط الجواب أن يكون متصلاً بالخطاب ، وعليه ابتنىٰ وجوبُ ترتيب الجواب في العقود على الإيجاب ، وإلا فالعوضية/ في عينها ليس فيها إشعار بالتواصل الزماني ، ولـٰكنها تذكر في ابتداء وجوب وإيجاب وقبول وتفاوض مبناه في [التجاوب][(٣)] على التواصل عرفاً وعادة ، حتىٰ يعد السكوت المتطاول فيه إعراضاً . ٤٨ ي

فإذا كان يتحقق استدعاءُ الجواب في قوله : إن شئت ، وإن لم يكن عوضٌ ، فهـٰذا يقتضي التواصلَ الزماني لا محالة ، وهـٰذا إنما يتحقق فيما يجوز أن يقدر جواباً . فأما الدخول فيما عداه من الأسباب ، فلا يصلح أن تكون أجوبةً ، فلم يكن لشرط [الاتصال][(٤)] فيه معنىٰ .

ومما لا يخفىٰ مُدركه ، ولا بد من ذكره في ترتيب الكلام أن المرأة إذا قالت : أشاء أن تطلقني . فقال : أنت طالق إن شئت ، فما تقدم من قولها لا يكفي ؛ فإن التعليق علىٰ هـٰذه الصيغة يقتضي وقوع المشيئة [في][(٥)] المستقبل بعد صدور التعليق ؛ فإن الشرط لا يعقل تعلقه إلا بالمستقبل .

ولو كانت دخلت الدارَ ، فقال الزوج : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فلا يقع الطلاق ما لم تستأنف دخولاً ، إلا أن يكون قال : إن كنت دخلت الدار ، فأنت طالق .

---

(١) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .
(٢) في الأصل : إحاطة .
(٣) في الأصل : التجاوز .
(٤) ساقطة من الأصل .
(٥) في الأصل : من .

وستأتي هـٰذه الألفاظ وحقائق معانيها في كتاب الطلاق .

٨٧٨٢ـ فإذا ثبتت هـٰذه المقدمات قلنا بعدها : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق علىٰ ألفٍ ، فهـٰذا يستدعي قبولاً منها على الاتصال . وإن قال : أنت طالق إن شئت/ [فهـٰذا يستدعي جواباً منها][1] على الاتصال ، كما تقدم ، ولو جمع بينهما فقال : أنت طالق علىٰ ألف إن شئت ، فقد اختلف **أصحابنا** في المسألة ، فذهب بعضهم إلىٰ أنه يكفيها أن تقول[2] : شئتُ على الاتصال ، وينتظم الخلع ، ولزوم المال ووقوع البينونة بقولها : شئتُ . وهـٰذا قد يدل عليه فحوىٰ كلام الأئمة **كالقاضي** وغيره ، وهو ظاهر كلام **الصيدلاني** .

ش٤٨

ومن **أصحابنا** من قال : لا بد من الجمع [بين][3] لفظ القبول ولفظ المشيئة .

وذهب بعض **الأصحاب** إلىٰ أنه يكتفىٰ [منها][4] أن تقبل .

أما من اكتفىٰ بلفظ المشيئة ، فوجهه أن قول الرجل : أنت طالق [إن شئت][5] ليس [في صيغته تعرُّضٌ من طريق التصريح][6] لقبولها ، ولـٰكن لما لم يتصور منه أن يحتكم بإلزامها مالاً ، اقتضىٰ ذلك منها التزاماً ، فكان قولها في معنى الضَّمَن[7] ، كما وصفناه . فإذا قال : أنت طالق علىٰ ألفٍ إن شئت ، فقد جعل متعلَّقَ الطلاق ولزومَ المال قولَها المجردَ شئتُ ، فيجب أن يتعلق الأمران جميعاً به .

ولو قال الرجل لمن يخاطبه : بعت منك عبدي بألف درهم إن شئت ؛ فالبيع

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) عبارة الأصل : أن تقول : إن شئتُ .

(٣) في الأصل : من .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) زيادة من المحقق .

(٦) عبارة الأصل : « ليس في صيغة تعرض من طريق ليصرح لقبولها » كذا بهـٰذا الرسم تماماً .

(٧) الضَّمن : الضمان والالتزام ، من قولهم : ضمن ضَمَناً وضمانة التزم . (المعجم) وهو مصدر مسموع معروف مدونٌ في أواسط المعاجم ، ولـٰكنه غير مستعمل الآن ، وهـٰذا يُلزم من يتعرّض للنصوص التراثية بالتأني والتمهل وألا يسارع بالتخطئة والتغيير لما لا يجده مألوفاً عنده .

لا ينعقد ؛ فإنه لا يقبل التعليق ؛ إذا[١] وضع البيع على المعاوضة المحضة ، ومتضمنها أن يكون صَدَرُ شقَّي العقد من المتعاوضين علىٰ نسق واحدٍ ، مع اجتناب التعليق من الجانبين جميعاً ، فهٰذا وجه هٰذا الوجه .

وأما من/ قال : لا بد من الجمع بين الإيجاب والقبول ولفظ المشيئة ، فوجه قوله أن الزوج لما قال : أنت طالق علىٰ ألف ، فهٰذا منه لو تجرد يقتضي اجتماعَهما : اجتماع القبول ولفظِ المشيئة منها ، فليأت بهما جميعاً . ثم لا ترتيب ، فإن شاءت قالت أولاً : قبلت وشئت . وإن شاءت قالت : شئت وقبلت . ٤٩ ي

والأصح الأول ، ولا يستقيم على الفقه المعتبر في الخلع إلا ما ذكرناه في توجيه الوجه الأول . والذي يؤكده أنه لو قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فإذا أعطت ألفاً ، طُلِّقت وإن لم يوجد من جهتها تمليك ؛ نظراً إلىٰ ظاهر التعليق ، واكتفاء بما يسمىٰ إعطاء في الحقيقة . فإذا كان كذلك ، فالاكتفاء بلفظ المشيئة في الحكم بوقوع الطلاق ولزوم المال جائز علىٰ هٰذا القياس .

فأما من يقول : لا بد من قبولها[٢] ويقع الاكتفاء به ، فاشتراط قبولها عنده موجبه [ما][٣] تقدم ، وأما عدم اشتراط لفظ المشيئة [فقبولها][٤] المجرد في العرف يعد جواباً عن جميع كلام الرجل . وهٰذا القائل يغلّب مقتضى المعاوضة ، ويشترط القبول ؛ فإنه الركن .

وهٰذا الوجه عندي غلط صريح ، ولم أره إلا لشيخي ، فلا يجوز عده من المذهب ، ولولا تكرر سماعي [منه][٥] لما أوردته ، فيبقى الوجهان المقدمان/ ، وأوضحهما الاكتفاء بلفظ المشيئة كما تقدم . ٤٩ ش

٨٧٨٣ـ ثم يتفرع علىٰ ما ذكرناه أنا إذا اشترطنا لفظ المشيئة ، واكتفينا به ، فلا يصح

---

(١) إذا : بمعنىٰ : إذ .
(٢) قبولها : أي قولها : قبلت .
(٣) في الأصل : بما .
(٤) في الأصل : وقبولها .
(٥) في الأصل : فيه .

من الزوج الرجوع عنه ؛ فإنه تعليق مجرد ، والرجوع عن التعليق غير ممكن .

ومَنْ شرط [الجمعَ][1] بين القبول وبين لفظ المشيئة ، فهل يجوّز للزوج الرجوعَ قبل أن تقبل المرأة [وتشاء][2] ؟ فيه تردد ظاهر ، بسبب اشتمال كلام الزوج على المعاوضةِ[3] والتعليقِ جميعاً ، ووجه الاحتمال بيّن ، ولـٰكن لست أجد لهـٰذا الوجه أصلاً ، والوجه الاكتفاء بلفظ المشيئة ، ثم مَنْعُ الرجوع كما تقدم .

فهـٰذا تمام ما أوردناه في ذلك .

٨٧٨٤ـ عدنا إلىٰ صورة المسألة إذا قالت المرأة : طلقني واحدةً بألف ، فقال الزوج : أنت طالق بألفٍ إن شئت . فهـٰذا الذي ذكره يُخْرِج كلامَه عن كونه كلاماً جواباً لها ؛ فإنه لو اقتصر علىٰ قوله : أنت طالق ، لكان ذلك إسعافاً وجواباً ، فإذا قال : إن شئت فهـٰذا يقتضي أمراً في الاستقبال ؛ لما قررناه من أن الشرط مقتضاه معلّقٌ بالاستقبال لا محالة .

ثم إن كنا نعد اقتصارها على القبول إذا [ابتدأ][4] الرجل فقال : أنت طالق بألفٍ إن شئت وجهاً [مرتباً][5] ، فلا بد علىٰ هـٰذا من تجديد القبول ، [وما][6] تقدم من استدعائها لا يكفي ؛ لأن قوله : إن شئت ، تضمن معنىً في المستقبل لا محالة ، قولاً كان أو لفظ مشيئة ، فوضح أن المرأة إذا سبقت واستدعت التطليق/ بالمال ، فقال الزوج : أنت طالق بألفٍ إن شئت ، فالقول الوجيز المشعر بكمال المقصود أنا نجعل كأن استدعاءها لم يكن ، وكأن الزوج ابتدأ ، فقال : أنت طالق بألف إن شئت ، ثم التفصيل ما قدمنا ذكره . ي ٥٠

٨٧٨٥ـ ومما يتصل بتمام البيان في ذلك أن المرأة لو قالت : طلقني واحدة بألف ،

---

(١) في الأصل : الجميع .
(٢) في الأصل : وتشاهد .
(٣) في الأصل : المعارضة .
(٤) في الأصل : اشتد .
(٥) في الأصل : مريباً .
(٦) في الأصل : وإذا تقدم .

فقال الزوج : أنت طالق ، ولم يُعد ذكرَ المال ، وقع كلامه جواباً ، واستحق المال الذي التزمته . وبمثله لو قالت : طلقني واحدةً بألف ، فقال : أنت طالق إن شئت ، ولم يذكر المال ، فقد بطل أثر استدعائها ، وصار الرجل كالمبتدىء ، [في هـٰذا][١] القول ، وإذا ابتدأ ، فقال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئتُ ، وقع الطلاق [رَجعياً][٢] ، ولم يثبت المال ، فكذلك إذا قالت : طلقني بألفٍ ، فقال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئتُ وقع الطلاق رجعياً ؛ [فإنا][٣] جعلنا قوله ابتداء ، وقطعناه عن كونه جواباً .

٨٧٨٦ـ ثم قال **المزني** نقلاً عن **الشافعي** : إذا قال : أنت طالق علىٰ ألف إن شئت ، فلها المشيئةُ وقتَ الخيار ، وأراد بذلك اشتراطَ اتصالِ لفظ المشيئة ، كما تقدم ، وعبر عن الاتصال بوقت الخيار ، وأراد الوقتَ الذي يجري فيه إمكان الرجوع عن الإيجاب قبل القبول ، وهو الذي يسمىٰ وقتَ [القبول][٤] .

٨٧٨٧ـ ثم ذكر[٥] بعد هـٰذا ألفاظاً مضطربة ، وكلاماً/ هو جواب مسألة لم يذكرها بعد ، فقال متصلاً بما ذكرناه : « **وإن أعطته إياها وقت الخيار ، لزمه الطلاق** » . وهـٰذا جواب لما لم يجر له ذكر ، وهو أن الرجل إذا قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق . فمن جواب هـٰذا أنها إن أعطته على الاتصال ، وقع . فلم يذكر المسألة وذكر جوابها .

٥٠ ش

ثم قال : « **وسواء هرب الزوج أو غاب أو أبطأت بالألف** » وهـٰذا غير منتظم أيضاً ، فإنه عطف هـٰذه المسألة علىٰ وقوع الطلاق ، والحكم فيها أن الطلاق لا يقع إذا شرطنا اتصال القبول والإعطاء . وفي كلامه خبطٌ ظاهر ، وشرطنا ألا نطنب في التعرض (**للسواد**) والاعتراض عليه ، إذا لم يكن لنا غرض فقهي ، فهـٰذا نجاز المسألة .

---

(١) في الأصل : فهـٰذا .
(٢) في الأصل : ورجعنا .
(٣) في الأصل : فإن .
(٤) في الأصل : القول .
(٥) أي المزني ، والعبارات التي سيوردها ، تجدها في المختصر : ٤/ ٥٨ .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : أنت طالق إن أعطيتني ألف درهم . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٧٨٨ـ هـٰذا الفصل عُدّ من مشكلات الكتاب[(٢)] ، وسبب الإشكال فيه اشتماله علىٰ خواصَّ للخلع سبق تعليلُ بعضها ، وفيه أيضاً حُكمٌ قدمتُ في **الأقارير** استقصاءه ، يتساهل فيه الفقهاء ، ولم يفردوه هاهنا ، فاجتمعت جهاتٌ من الإشكال ، ونحن نأتي ، بمضمون هـٰذا الفصل موضّحاً ، إن شاء الله عز وجل .

فإذا قال الرجل لامرأته : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، فأول ما نذكره أنه لا حاجة في ذلك إلىٰ قولٍ لفظي منها ، فإنه لم يعلّق الطلاق على/ قولٍ ؛ فلا يقتضي قولاً أو يتضمنه . وبيان ذلك أنه علق الطلاق علىٰ فعلها إذا[(٣)] قال : « إن أعطيتني » وأخرج قولَه عن صيغة المعاوضة التي تقتضي إيجاباً وقبولاً ، فلا نشترط قولاً منها أصلاً . ثم الذي يجب البحث عنه في ذلك أنها إذا جاءت وسلمته إليه ، فقد نقول : إنه يملكه علىٰ ما سيأتي ذلك في أثناء الفصل ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ وهـٰذا تمليكٌ بمجرد فعلٍ من غير قبول .

(ي ٥١)

وليس في قاعدة الفصل خلاف ، وغموضه في أنه عديم النظير ، وإلا فالتمليك في درك العقول في معنى التمليك بالفعل ، والصحيح أن القبض في الهبة هو [المملِّك][(٤)] دون اللفظ المتقدم عليه . واتفق **الأصحاب** علىٰ ما ذكرناه أن من الهدايا والمنح ما لا يفتقر إلى اللفظ ، وما يؤثر عن **ابن سريج** من كون المعاطاة معاقدة يتأكد بهـٰذا .

٨٧٨٩ـ ثم مما يتعلق بهـٰذا أنها إذا جاءت بالمشروط ووضعته بين يدي الزوج ، فإنه يدخل في ملكه قهراً ، وإن لم يأخذه ؛ فإنه ذكر لفظةً معناها الإعطاء ، وهـٰذا متحقق

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٥٨ .
(٢) واضحٌ أن المراد مشكلات كتاب الخلع .
(٣) إذا : بمعنىٰ إذ .
(٤) في الأصل : الملك .

من غير أخذ بالبراجم[١] ، وليس يملك الزوج الرجوعَ عما قال .

فانتظم من مجموع ما ذكرناه أن الطلاق لما قبل التعليق بالقول والفعل والالتزام والقبول ، وقد أثبت الله المال في المفاداة في حكم الرخصة ، فثبت المال/ في الجهة التي يثبت تعليق الطلاق فيها . فهـٰذا ما أردناه في ذلك ، وهو واضحٌ ـ إن شاء الله عز وجل ـ لائق بخاصية الخلع . ٥١ ش

٨٧٩٠ـ ثم قال **الأئمة** : إذا قال : إن أعطيتني ألفَ درهم ، فأنت طالق . فينبغي أن تأتي بالألف وازنةً ، فلو أتت بألفِ درهمٍ معدودةٍ لا تزن ألفاً [لم يقع شيء][٢] . ولتكن نقرة خالصة ، ولتكن مضروبةً مسكوكة ، والقول في هـٰذا مما تقدم استقصاؤه في **كتاب الأقارير** .

ونحن نذكر هاهنا ما تمس الحاجة إليه ، فنقول : الدراهم في الشريعة وازنة ، والدرهم هو النقرة كالرِّقة والورِق ، وإذا كانت الفلوس لا تسمىٰ دراهم ، فالمغشوش الذي بعضه نحاس [ليس][٣] درهماً ؛ فإن جنس النحاس لا ينقلب بسبب [مخالطة][٤] النقرة ، وقد تقدم تقرير هـٰذا في **الأقارير** .

ومما ذكرناه ثَمَّ أنه لو أقر بدراهم ، وفسرها بدراهم معدودة ، لم يقبل منه إلا إذا كان ببلدة يعمّ فيها الدراهمُ النقصُ المعدودة غيرُ الوازنة ، فإذا أقر في مثلها بألف درهم ، وفسرها بالمعدودة والنقص الجارية الغالبة في البلد ، ففي قبول تفسيره **وجهان** ، ذكرناهما في **الأقارير** .

٨٧٩١ـ ولو قال الزوج : إن أعطيتني ألف درهم ، وفسرها بالنقص في بلد يغلب فيه جريانها ، وزعم أنه أراد النقصَ ، فكيف التصرف فيه ؟ قال **الأئمة** : هـٰذا يخرّج

---

(١) في الأصل : بالمزاحم . وهو تصحيف أرهقنا كثيراً . والأخذ بالبراجم يراد به القبض باليد كما هي عبارة العز بن عبد السلام في اختصاره للنهاية . والبراجم هي رؤوس السُّلاميات ، والمراد رؤوس الأصابع التي بها القبض والأخذ (المصباح والمعجم) .

(٢) ساقطة في الأصل ، وأثبتناها من (صفوة المذهب) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : فمخالطة .

علىٰ الوجهين المذكورين في الإقرار ؛ فإن المرعيّ في لفظ الأقارير مثلُ المرعي في صيغ [التعليق]/ (١) وهـٰذا حسن . ي ٥٢

ولـٰكن وراءه غائلة لا بد من التنبيه لها ، وهي أن الزوج إذا فسر الدراهم بالنقص المعدودة ، فهـٰذا يتضمن وقوع الطلاق دون الوازنة ، فإذا كان ما يقوله محتملاً [وفيه](٢) توسيع وقوع الطلاق ، فيجب القطع والحالة هـٰذه [بقبول](٣) قوله .

وإنما يظهر أثر الاختلاف في عكس هـٰذه الصورة ، وهي أنه إذا كان في بلدة دراهم معدودة تزيد على الوازنة في زنتها ، فإذا فسر الدراهم التي علّق وقوع الطلاق بإعطائها ، [بالمعدودة](٤) التي تزيد زنتها على الوزن المعلوم في الوازنة ، وكانت تلك الدراهم غالبة ، فينقدح حينئذ فيه ذكرُ الوجهين ؛ لمكان النية الموافقة للعادة الجارية . ولو أقر بألف درهم ، ثم فسر إقراره بألف معدودة يزيد زنتها علىٰ وزن الوازنة ، فلا شك في قبول تفسيره ، وإنما الخلاف فيه إذا فسرها بالنقص ، ولا حاجة إلى الإطناب في هـٰذا ؛ فإنه واضح .

ولو قال المقر : لفلان علي ألفُ درهم . ثم فسره بالمغشوشة ، وكانت غالبة جارية في محل الإقرار ، ففي قبول تفسيره وجهان ، وهما الوجهان المذكوران في النقص ؛ فإن المغشوشة نقرتها ناقصة ، ونقصانها لا ينجبر بالنحاس .

وإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، وكان لفظه مطلقاً ، فهـٰذا محمول على النقرة الخالصة . ولو قال : أردت بذلك المغشوشة ، فيجب القطع بقبول تفسيره ؛ فإن ما قاله محتمل ، وفيه/ توسيع وقوع الطلاق . ش ٥٢

فليتأمل الناظر هـٰذه الأمور الجليّة التي لم يتعرض لها الأئمة لوضوحها .

٨٧٩٢ـ ومما يتعلق بتحقيق القول في ذلك إذا انتهى الكلام إلىٰ هـٰذا المنتهىٰ أن من اشترىٰ شيئاً بألف درهم ، في بقعةٍ دراهمُها الجارية نقصٌ ، فالذي يرىٰ الأصحابُ فيه

---

(١) في الأصل غير مقروءة (انظر صورتها) .
(٢) في الأصل : وقت .
(٣) في الأصل : مقبول .
(٤) في الأصل : فالمعدودة .

أن مطلق الدرهم في البيع والمعاوضات محمولة على الدراهم الجارية في العرف . وليس الأمر علىٰ هـٰذا الإطلاق عندنا .

ونحن نفصل القول فيه ونستعين بالله تعالىٰ ـ فنقول : إذا كان في أيدي الناس نقود من أصنافٍ مختلفة النقوش والسكة ، وكان الغالب في المعاملات صنفٌ منها ، فإذا أطلقت الدراهم ـ والحالة هـٰذه ـ انصرفت إلىٰ ما يغلب ، وصار جريان العرف واطراده بالمعاملة في ذلك الصنف بمثابة التقييد لفظاً [فيُفيد](١) اقترانُ العرف من الإعلام ما يفيد التقييدُ نطقاً ولفظاً .

ولو كانت النقود كما وصفناها ، فقال الرجل : لفلان عليّ ألف ، فلا يتقيد المقرّ به بالنقد الغالب . وكذلك لو قال الرجل لامرأته ـ والنقود كما وصفناها : إن أعطيتني ألفَ درهم ، فأنت طالق ، لم يختص هـٰذا بالنقد الجاري في البلد ، بل لو أتت بألف من أي نقدٍ كان ، وقع الطلاق بعد أن تكون وازنة .

وهـٰذا موضع استفراق(٢) ؛ فإن النقد الغالب يتعين في المعاملات/ ، ولا يتعين في الأقارير ، ولفظ التعليق . وهـٰذا عندنا ـ في المعنىٰ والفقه ـ ليس بتفاوتٍ ، وطريق الكلام فيه [أن المعاملات إخبارٌ عمّا نصف](٣) ، والإقرار إخبارٌ عن ماضٍ ، ولا يمكن أن نحكم على العادة بالاطراد فيما تقدم ، فلا يتحقق كون العادة قرينة في المخبَرَ عنه ، فبقي الإجمال في الصنف . ٥٣ ي

وكذلك إذا قال لامرأته : إن أعطيتني ألف درهم . فليس تعليق الطلاق أمراً معتاداً ، فلا يصير اطراد الاعتياد قرينةً فيه ، وتحقيقه أن العادة لا معنىٰ لها على الانفراد ، والمعنيّ بجريانها ، جريانُ المعاملات ، والتعليقُ ليس مما يتكرر جريانه في الدراهم ، [فكان](٤) مطلق الدراهم يجري علىٰ مقتضى الإطلاق فيها ، ومقتضى الإطلاق التعميم بأي صنف أتت به وقع الطلاق ، إذا كان نقرة وازنة . هـٰذا في اختلاف النقود .

(١) في الأصل : فعيد .
(٢) موضع استفراق : أي طلب الفرق .
(٣) عبارة الأصل : أن المعاملا عمت نصف .
(٤) في الأصل : وكان .

٨٧٩٣ـ فأما إذا كان الجاري في البلد دراهمُ ناقصةٌ في الوزن ، فهـٰذا موضع النظر، فاسم الدراهم [مقيدٌ][١] بالنقرة الوازنة ، فإذا جرى العرف بخلاف ما يقتضيه الاسم ، فإذا قال المقر : أردت النقص تمسكاً بالعرف ، ففيه **وجهان** . وإذا أراد من علّق الطلاق تفسير لفظه في هـٰذا المقام بالنقص المعدودة ، فقد ذكر **الأصحاب وجهين** .

ولا معنىٰ لهما عندي ، بل الوجه القطع بالقبول ؛ فإن فيه توسيعَ الطلاق ، والاحتمال/ في ذلك كافٍ . ش ٥٣

فإذا جرىٰ ذكر الدراهم في المعاملة في الموضع الذي دراهمه الغالبة نقصٌ ، فهـٰذا فيه اختلاف بين **الأصحاب** ، فالذي ذهب إليه المعظم أن العرف مقيِّدٌ في المعاملات وطريق الفرق فيه ما ذكرناه من جريان المعاملات ، وعدم ذلك في التعليق ، وحققنا في الإقرار استناده إلىٰ سابقٍ لا تحكّم فيه بعرف .

ومن **أصحابنا** من قال : اسم الدراهم صريح في الوازنة ، والعرف لا يغيّر الصريح عن معناه ووضعِه ، وليس هـٰذا كما قدمنا ذكره من إثبات أثر العرف في إعلام نقدٍ من النقود المختلفة ؛ فإن ذلك إعلام بطريق القرينة في محل الإبهام ، ولو حملنا الدراهم على الناقص ، لكان ذلك تغييراً لموجب النص الصريح ، والعرف لا يغير [النصوص ومعناها][٢] وهـٰذا إن كان له اتجاه في المعنىٰ لـٰكن[٣] المشهور حمل الدراهم في المعاملات على النقص إذا كانت غالبة ، وإنما الخلاف في **الأقارير** ، وفي التعليق الذي قدّمته . فهـٰذا ما عليه بناء المذهب . وقد أوضحنا الفرق بين المعاملة .

٨٧٩٤ـ ومما [نتمّم][٤] به الغرض في ذلك ، القولُ في الدراهم المغشوشة ، وإجمال الكلام فيها أولاً أنها بمثابة النقص في الإقرار والتعليق ، وإنما نفصّل [فيها][٥] ذكر المعاملات . فنقول : يعترض في المغشوشة أصلٌ آخر ، وهو أن/ مقدار النقرة إن ي ٥٤

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : المنصوص ومعناهما .
(٣) في الأصل : ولـٰكن .
(٤) في الأصل : نقيم .
(٥) في الأصل : فيهما .

كان مجهولاً في الدراهم ، ولم يكن لها جريان ، فلا يصح [التعويل][(١)] عليها لا مذكورة ولا معيّنة ؛ فإن الجهالة علىٰ هـٰذا الوجه تمنع الثبوت في الذمة .

وإذا عيّنت ، فأشّر إليها ، [فالإشارة][(٢)] بمثابة الإشارة إلىٰ تراب المعدن . [فإن][(٣)] كان لها جريان في العادة ، مع أن مقدار النقرة [مجهول فيها][(٤)] ، ففي صحة التعامل بها **وجهان** ، قدمنا ذكرهما في كتاب البيع وأبوابٍ من المعاملات . وتعويل من يجوّز على الجريان ، والصحيحُ [المنعُ][(٥)] .

وإن كان مقدار النقرة معلوماً ـ ففي طريق العلم به توقف ، فإنه مما لا يعاين ، فإن أمكن العلم به فبقول ثقات ـ فيزول في هـٰذه الصورة [الجهلُ][(٦)] بالمقصود ، وتصير الدراهمُ المعلومةُ العيار المغشوشةُ بمثابة الدراهم المعدودة والنقصُ في الوزن . وقد تفصّل القولُ فيها . فهـٰذا تمام القول في هـٰذا الفن .

٨٧٩٥ـ ومما يخرج مما قررناه أنا إذا قيدنا لفظ التعليق بالعرف الجاري في الموضع ، فقد يقتضي الحالُ حملَ الدراهم على المغشوشة في الإقرار ، ولـٰكن الوجه عندي فيه أنه إذا قال المُقر : أردت المغشوشة ، ففي قول منه ـ وعرف الموضع مساعدٌ ـ الوجهان ، فلو لم يدع أنه أراد المغشوشة/ ، فالوجه عندي مطالبته بالخالصة ، وسبب ذلك أن العرف لا جريان له في **الأقارير** ، فاسم الدراهم على اقتضاء الخلوص والزنة التامة . ولـٰكن إن زعم أنه أراد ما يجري به العرف في المعاملة ، فقد يعذره **بعضُ الأصحاب** بسبب جريان المعاملة ، وهـٰذا لا قطع به ، ولا يمتنع أن يقال : إن تراجع فيما أراد ، فإن زعم أنه لم يرد شيئاً ، فإقراره محمول على الغالب في المعاملة . هـٰذا تردد لطيف يجب تدبره .

٥٤ ش

---

(١) في الأصل : التعليل .
(٢) في الأصل : بالإشارة .
(٣) في الأصل : وإن .
(٤) في الأصل : مجهولين فيه .
(٥) في الأصل : المتبع .
(٦) في الأصل : والجهل .

وأما إذا جعلنا للعرف أثراً ، وقد جرى التعليق في الطلاق ، أو العتاق ، فإن قال : أردت الدراهم المغشوشة ، فالوجه عندي القطع بتصديقه لما فيه من توسيع الطلاق . وإن أطلق ، فالوجه القطع بحمل لفظ المطلق على الخالصة الوازنة .

ومن **أصحابنا** من ذكر وجهاً وهو صادر عن غير بصيرة ودراية بحقائق الأشياء ووضعها .

وقد انطوىٰ إلىٰ هـٰذا المنتهىٰ أصلان : **أحدهما** ـ تعلّق الإعطاء بفعلٍ مجرد من غير قول من جهتها .

والثاني ـ الكلام في الخلوص والنقصان .

٨٧٩٦ـ ونحن نبتدىء ـ بعد هـٰذا ـ الكلامَ في مقصود آخر ، والبناءَ على الفرق بين المعاملات وألفاظ المُعلِّقين ، فنقول : إذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، وكان في البلد نقد غالب وزان خالص ، فإذا جاءت بألفٍ من النقد ووضعته/ بين يدي الزوج ، قُضي بوقوع الطلاق ، لتحقق الصفة ، ثم ما أعطته من جنس النقد فيملكه الزوج ولا يجري فيه رد واسترداد ، وقد وقع الطلاق وجرى الملك في المعطىٰ معاً . ي ٥٥

ولو أتت بألف درهم وازنة خالصة ، ولـٰكن النقد الغالب في البلد غيرُ ذلك الذي أتت به ، وليقع الفرض إذا كان النقد الغالب خالصاً وازناً أيضاً ، ولـٰكن الاختلاف في جودة السكة وزكاتها[1] ، وفي لين النقرة وانْطراقها ، وفي خشونتها ، فالذي ذكره **الأئمة** أن الطلاق يقع ، كما ذكرناه ، ثم الزوج لا يملك ما جاءت به ، ولـٰكن يرده ويسترد ألفاً من نقد البلد ؛ فإن الذي تقتضيه المعاملة التقييد بنقد البلد ، والذي يقتضيه التعليق اتباع الاسم ، فوقع الحكم بوقوع الطلاق لتحقق الاسم ، وثبت الرجوع إلى النقد الغالب لموجب المعاملة . هـٰذا قول **الأصحاب** .

وهـٰذا مشكل . فليتأمله المنتهي إليه ؛ فإن الطلاق إنما يقع لتحقّق الصفة

---

(١) زكاتها : كذا بهـٰذا الرسم تماماً . (ولعل المعنى المراد صفاؤها وحسنها) .

[وتمليك][١] الدراهم ، فلئن كان ما جاءت به علىٰ حقيقة الصفة ، فليتحقق فيه التمليك ؛ فإن الإعطاء معناه التمليك ، فالذي يقتضيه القياس الحق أن يتملّك الزوج ما يقع الطلاق بالإتيان به ، وإن كان يجب اتباع النقد الغالب ، فيجب/ أيضاً أن يتوقف وقوع الطلاق علىٰ ما هو المملوك . ٥٥ ش

وهـٰذا لا مطمع في دفعه .

[و][٢] في نص **الشافعي** في (**السواد**) ما يدل علىٰ أنا لا نرجع إلىٰ نقد البلد ، ولـٰكن إذا أتت بالدراهم وهي نقرة وازنة ، وقع الطلاق للاسم ، فإن كانت النقرة معيبة ، فعليها ألفٌ خالصة غيرُ معيبة ، ولم نرجع إلى النقد الغالب . وهـٰذا فيه دفعٌ لنوع من الإشكال ، وهو المصير إلىٰ نقد البلد ؛ فإنه لم يعتبره ، ولـٰكن لما وضح قصد التمليك في الألف ، اقتضىٰ ذلك السلامةَ من العيوب ، كما يقتضيه كل ما أُثبت عوضاً . وهـٰذا ليس ينفي الإشكال بالكلية ؛ فإن القياس يقتضي ألا يقع الطلاق إلا بما يجري الاستحقاق فيه ، وما يقع الطلاق به فينبغي ألا يبدّل .

وقد أجمع **الأصحاب** في الطرق [علىٰ][٣] أن الرجوع إلىٰ نقد البلد إذا كان في البلد نقد غالب .

وهـٰذا مع اشتهاره لا وجه له أصلاً ، وفي إيجاب الإبدال [لعين][٤] المعيب إشكالٌ قائم أيضاً ، ولـٰكنه أمثل من الرجوع إلىٰ نقد البلد ، والله أعلم .

وقال **الشيخ أبو علي في شرح التلخيص** : من **أصحابنا** من قال : إذا وقع الطلاق إذا جاءت بالألف الخالصة الوازنة ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، وعلّل هـٰذا القائل [بأن التمليك][٥] من غير إلزام والتزام ، وعقدٍ مشتملٍ علىٰ شقيه/ بعيدٌ . ولـٰكن الزوج لم ٥٦ ي

---

(١) في الأصل : تمليك . (بدون الواو) .
(٢) الواو زيادة من المحقق .
(٣) سقطت من الأصل .
(٤) في الأصل : تعين .
(٥) زيادة اقتضاها السياق .

يرض بوقوع الطلاق من غير مال ، وفسد التملك بلفظ الإعطاء مع [الفعل][(١)] ، [فكان][(٢)] مجموع ذلك يقتضي الرجوع إلىٰ مهر المثل .

ولو أتت [بألفٍ][(٣)] ، يقع الطلاق بمثلها ، وكان النقد الغالب من ذلك الجنس أيضاً ، فهـٰذا القائل يقول : الألف الذي به [وقع الطلاق][(٤)] مردود ، والرجوعُ إلىٰ مهر المثل ؛ لما ذكرناه ، من أن لفظ التعليق لا يفيد معنى التمليك على التمام ، وليس خالياً عن اقتضائه أيضاً ، فهـٰذا بيان هـٰذا الوجه .

ومما نجري في ذلك أيضاً أن من يحمل لفظ المعلَّق علىٰ موجب العرف في الدراهم النقص والمغشوشة ، كما قدمناه ، فيلزمه أن يقول : إذا أتت المرأة بألف ـ والنقد الغالب غيره ـ فلا يقع الطلاق ؛ لأن اللفظ يتضمن [التقيّدَ][(٥)] بالعرف . وهـٰذا بعيد ، ولـٰكنه مستند إلىٰ ما تقدم تقريرُه وحكايتُه عن **بعض الأصحاب** .

٨٧٩٧ـ فهـٰذا تمام ما قيل فيه . والمذهب الحكم بوقوع الطلاق إذا جاءت بألف وازنة خالصة ، ثم إن كانت موافقة لنقد البلد ، فالزوج يملكه . وإن كان النقد مخالفاً لما أتت به ، وقع الطلاق ، ورد الزوج ما جاءت به وطالبها بألفٍ من النقد . وإن لم يكن بين ما أتت به وبين النقد إلا تفاوتٌ في النوعين/ ، فإن [تراضيا بما جاءت به][(٦)] ش٥٦ جرى الملك فيه ، كما سبق تقريره في السَّلم إذا أتى المسلم إليه بما يخالف النوع الموصوف والجنس جامعٌ ، ولا وجه للخصوص في ذلك ، والقياس ما تقدم التنبيه عليه من وقوع الطلاق إذا أعطت ما وصف ، وتعلق الملك بعينه ، وما حكاه **الشيخ أبو علي** من الرجوع إلىٰ مهر المثل فيه [غَوْصٌ][(٧)] في الفقه . فهـٰذا تمام الاطلاع علىٰ حقيقة هـٰذا الطرف .

---

(١) في الأصل : « الفصل » . ثم المراد (بالفعل) أنها جاءت بالألف وأعطتها .
(٢) في الأصل : وكان .
(٣) في الأصل : « بالألف » والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٤) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .
(٥) في الأصل : « النقد » . وهو تصحيف ظاهر .
(٦) عبارة الأصل : فإن تراضيا الزوجين بمالٍ به جرى الملك . . .
(٧) في الأصل : « عوض » .

٨٧٩٨ـ ومما يتعلق بتمام الكلام أنه إذا قال : إن أعطيتني ألفاً ، فهـٰذا يقتضي أن تأتيَ به على الفور في زمان قبول العقد ، حتىٰ لو فرض تخللُ زمانٍ ينقطع بمثله الإيجاب عن القبول ، فإذا أتت بالألف بعد ذلك ، لم يقع الطلاق .

وهـٰذا مما مهدناه عند ذكر أصل الخلع وماهيته . وقد اتفق **الأصحاب** علىٰ هـٰذا في طرقهم .

ورأيت في **شرح التلخيص** أن من **أئمتنا** من قال : قوله : إن أعطيتني ألفاً لا يقتضي الفور ، كما أن قوله إن دخلت الدار لا يقتضي الفور ، فإن التواصل إنما يليق بكلامين : أحدهما التماس جواب ، والثاني جواب عنه .

وهـٰذا وإن أمكن توجيهه ، فهو بعيد في الحكاية ، لا تعويل عليه ، وسيأتي فصلٌ في أنه إذا قال : [إن][1] أعطيتني ألفَ درهم ، فهـٰذا محمول علىٰ تسويغ التأخير .

فهـٰذا بيان أصول الفصل ، والتنبيهُ علىٰ موقع الإشكال فيه ، والانفصال عما يمكن الانفصال فيه[2]/ . ٥٧ ي

٨٧٩٩ـ ثم مما ذكره **الشافعي** في ذلك أنه إذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فلو أتته بألفي درهم ، وقع الطلاق ، ولا أثر للزيادة التي جاءت بها ، وليس كما لو قال : أنت طالق علىٰ ألف ، فقالت : قبلت ألفين ، فلا يقع شيء ، والفرق أن القبول جواب الإيجاب ، فإذا خالفه في الصفة ، خرج عن كونه جواباً . وإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فالإعطاء ليس جواباً ، وإنما هو فعل ، وإذا جاءت بألفين ، فمما جاءت به ألف درهم ، ولا اعتبار بالزيادة .

ولو قال : إن ضمنتِ لي ألفَ درهم ، فأنت طالق ، فقالت : ضمنت ألفي درهم ، وقع الطلاق ، ولا يلزمها إلا الألف ؛ فإن الضمان وإن كان قولاً منها ، فليس أحدَ شِقَّي عقد ، حتىٰ يشترط وقوعه علىٰ وفق النسق الصادر من الرجل . والدليل عليه أن

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : « فيه » بمعنىٰ (عنه) .

الضمان مما يقبل التأخير إذا ذكر الزوج لفظاً مقتضاه التأخير ، وذلك إذا قال : متىٰ ضمنت لي ألفاً ، فأنت طالق .

٨٨٠٠ـ ومما نذكره وهو ختام الفصل أنه إذا قال : إن أعطيتني ألفَ درهم ، فأنت طالق ، والتفريع علىٰ أن الطلاق لا يقع إلا بالنقرة الخالصة ، فلو أتت بالنقرة المطبوعة وكان النقد الغالب مغشوشاً معلومَ العيار ، والبناءُ علىٰ أخذِ التملك من النقد الغالبِ وأخذِ الوقوعِ من الدراهمِ الخالصةِ الوازنة ، فموجب ذلك/ أن تسترد الدراهم الخالصة وتغرم للزوج المغشوشة . ش ٥٧

وهـٰذا في نهاية الإشكال ، كما تقدم من الكلام الواضح في المسألة أنها إذا أتت من التبر بزنة ألف درهم [أو بما][1] فيه وزن الألف ، فلا يقع الطلاق ، إذا كان المذكور دراهمَ ؛ فإن النقرة لا تسمىٰ دراهم ما لم تطبع ، وإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأتته بدرهم خسرواني وزن ألف درهم ، ففيه كلام ذكرته في الإقرار بألف درهم ، فيطلب في موضعه .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : متىٰ أو متىٰ ما أعطيتِني . . . إلىٰ آخره »[2] .

٨٨٠١ـ قد ذكرنا التفصيل فيه إذا قال : إن أعطيتني ، وأوضحنا أن هـٰذا محمول على الفور ، وكذلك إذا قال : إذا أعطيتني ، فهو في اقتضاء الفور بمثابة قوله : إن أعطيتني . ولو قال : متىٰ أعطيتني ، أو متىٰ ما أعطيتني ، فهـٰذا لا يقتضي التنجيز ، ولـٰكن الأمر موسّعٌ عليها ؛ فإن اللفظ صريح في اقتضاء التأخير ، فإن أخرت ، فمهما أعطت على القرب أو البعد ، حُكم بوقوع الطلاق ، وليس هـٰذا بدعاً إذا ثبت ما قدمنا ذكرَه من إيقاع لفظ التعليق من غير اشتراط لفظٍ من جهتها في القبول .

وكذلك إذا قال : متىٰ ضمنت لي ألفاً ، فمهما ضمنت على القرب أو البعد ، وقع

---

(١) في الأصل : أو بأنا فيه .

(٢) ر . المختصر : ٤/٥٨ .

الطلاق ؛ فإن ضمانها ليس يُنحىٰ به نحو قبول المال المذكور في صيغة المعاوضة . وإنما سبيله سبيل تحقيق الصفة/ التي هي متعلق الطلاق ، وهو بمثابة الإعطاء إذا قال : إن أعطيتني ، أو متىٰ أعطيتني . ٥٨ ي

٨٨٠٢ـ فإذا تبين هـٰذا ، فنقول : إذا قال : متىٰ أعطيتني ، فلا شك أنها بالخيار إن شاءت أعطت ، وإن شاءت لم تعط ، ولـٰكن إذا جاءت بالألف على الوجه الذي يقع به الطلاق [ووضعته][1] بين يديه ، فلا حاجة إلىٰ قبضه إياه بالبراجم[2] ، هـٰذا يسمىٰ إعطاء على الحقيقة ، ثم إن كان لا يفرض فيه إبدال ، فكما[3] جاءت به ملكه الزوج ، [ردّه أو لم يردّه][4] ، فإنه بعد ما قال ، فلا يجد سبيلاً إلى الرجوع عن موجب قوله ، وإذا حصل ملكه فيه ، فلا يمكنه إخراجه عن ملكه إلا بطريق شرعي من الطرق المُرسِلة للأملاك .

وإذا جاءت بها وجرى الملك فيها ، سقط خيارها أيضاً ، فلا تملك استرداده ؛ فإن الملك يثبت فيه على اللزوم .

وإذا كان علق الطلاق بضمانها ، فهي بالخيار [إن شاءت ، ضمنت][5] وإن شاءت لم تضمن ، فإذا ضمنت ، لزمها الوفاء بما ضمنت ، ولا خِيرَةَ بعد الضمان ، وجريان الالتزام .

٨٨٠٣ـ ومما يتعلق بهـٰذا أنه إذا قال إن أعطيتني ألف درهم ، فهـٰذا مذكور على الجهالة ، ولـٰكنه يحصل الحنث[6] بالاسم ، ثم يتفرع المذهب علىٰ حسب ما تقدم .

---

(١) في الأصل : رضيته بين يديه .
(٢) بالبراجم : أي بالأصابع ، وتناوله باليد . كما مرّ آنفاً .
(٣) فكما : بمعنىٰ عندما . وقد ذكرنا من قبل أن هـٰذا استعمال غير فصيح ، بل غير عربي كما قال النووي .
(٤) في الأصل : الراده أو لم يردّه .
(٥) زيادة لاستقامة نظم الكلام .
(٦) الحنث : كذا بهـٰذا الرسم بكل وضوح . ولعل استعمالها هنا من باب الأضداد ، فالمعنىٰ أنه يحصل الأداء والإعطاء إذا وضعت بين يديه ألفاً مما يطلق عليه اسم الدراهم .

وإذا قال : متىٰ ضمنتِ ، أو إن ضمنت ألفَ درهم ، فالألف مجهول ، والضمان فيه على الجهالة ضمانُ[1] مجهول ، ولـٰكنه يتعلق بما إذا أعطت ألفَ درهم/ ، ثم سبيل الرجوع إلى النقد الغالب علىٰ ما تقدم ، ويتجه في الضمان جدّاً الرجوع إلىٰ مهر المثل كما ذكرناه في مسالة الإعطاء ؛ فإن التعويل على اللفظ في الضمان ، فإذا جرىٰ علىٰ صيغة الجهالة ، اتجه فيه الرجوع إلىٰ مهر المثل . فظاهر المذهب أنها تضمن الألف ، وتطلّق ، ثم يستحق عليها ما يستحق إذا قال : إن أعطيتني ألف درهم . هـٰذا هو المذهب . ثم الوجه الذي ذكره **الشيخ**[2] في الرجوع إلىٰ مهر المثل يعود .

ش ٥٨

وإن وصف ، فقال : إن أعطيتني ألف درهم صفتها كذا وكذا ، وبالغ في الصفة ، فإذا أتت به ، فيجب القطع على الطريقة المشهورة بأنها إذا جاءت بها علىٰ [ما][3] وصف ، استحق الزوج عينَ تلك الدراهم ، وإنما التردد في الرجوع إلىٰ نقد البلد علىٰ قول **الأصحاب** ، أو إلىٰ ألفٍ سليمة من العيب علىٰ ظاهر النص فيه إذا ذكر الألف مطلقة . ويجري مع الإعلام واستقصاء الوصف الطريقةُ التي ذكرها **الشيخ** ؛ من جهة أنه تلقَّى الفساد من جهة أن التمليك من غير لفظ من جهتها بعيد . وإذا كان السبب هـٰذا ، لم يختلف بأن يكون الألف موصوفة ، أو لم تكن .

ومما يتعلق بهـٰذا أنه إذا قال : إن ضمنت لي ألفاً ووصف الألف ، واستقصى الوصف ، فضمنت ، فما ذكره **الشيخ أبو علي** من الرجوع إلىٰ مهر المثل يجري هاهنا أيضاً . فإن قيل : معتمده/ في مسألة الإعطاء أن التمليك من غير قبولٍ من جهتها بعيد . وإذا كان متعلق الطلاق بالضمان وهو يحصل بقولها ، فما وجه الرجوع إلىٰ مهر المثل ؟ قلت : ضمانها ليس قبولاً لإيجاب ، وإنما هو التزام مستقل بنفسه منقطعٌ عن إيجاب من جهة الزوج ، ولذلك يُتصور تأخير الضمان عند قول الزوج إذا قال : متىٰ ضمنتِ ، كما يتصور ذلك في الإعطاء .

ي ٥٩

فهـٰذا منتهىٰ ما أردناه في ذلك .

---

(١) ضمانُ مجهول : خبر للمبتدأ فالضمان فيه . . .
(٢) الشيخ المراد هنا : الشيخ أبو علي .
(٣) زيادة من المحقق .

٨٨٠٤ـ ولو قال : إن أقبضتني ألف درهم . فهـٰذا علىٰ ظاهر المذهب لا يتضمن تمليكاً ، فإذا أقبضته ، لم يملك الزوج ما قبض ، ولم يملك عليها شيئاً غيره ، وكان الطلاق الواقع رجعياً ، بمثابة ما لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق .

ومن **أصحابنا** من قال : قوله « أقبضتني » بمثابة قوله : « أعطيتني » في التفاصيل التي قدمناها . وهـٰذا بعيد لا تعويل عليه . وإذا قال : « إذا أقبضتني » ، وحملناه على التعليق المحض من غير تمليك ، فلا يبنىٰ ذلك على الفور ، كما لو قال : إن دخلت الدار ، وليس كما لو قال : إن أعطيتني ألفاً . فإن هـٰذا محمول على الفور ، لما فيه من معنى المعاوضة .

٨٨٠٥ـ ولو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، أو متىٰ أعطيتني ، ثم أكرهها على الإعطاء ، فلا يقع شيء ؛ لأن هـٰذا عطاء تمليك والإكراه ينافي التملك .

وإذا قال : إن أقبضتني ، وقد بان أنه محمول على/ التعليق من غير رعاية العوضية ، فإذا أكرهها ، فأقبضته ، مكرهةً ، فهـٰذا يخرّج على القولين في أن الصفة التي علق الطلاق بها إذا وجدت علىٰ صفة الإكراه ، فهل نحكم بوقوع الطلاق . وسيأتي شرح ذلك بما فيه في كتاب الطلاق ، إن شاء الله عز وجل . ٥٩ ش

ثم إذا قال : إن أقبضتني ، فجاءت به وأوقعته بين يديه ، فهـٰذا إقباض ، لا يشترط في تحقيق الإقباض أن يقبض الزوج بالبراجم . ولو قال : إن قبضتُ من مالِكِ ألفاً ، فأنت طالق ، فقبض من مالها قهراً ، وقع الطلاق قولاً واحداً ، فإنه قَبَضَ مختاراً وقبضُه متعلَّق الطلاق ، فيعتبر الاختيار فيه ، ولو أُكرِه فقبض مُكرَهاً ، فقولان .

٨٨٠٦ـ فهـٰذا غاية ما يتعلق بهـٰذا الفصل في هـٰذا المعنىٰ ، والغائلة الكبرىٰ من الفصل فيه إن قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فجاءت بألفٍ مغصوبة ، وسيأتي هـٰذا في فصل مفرد علىٰ ترتيب (**السواد**)[1] ويستكمل فيه الغرض ، إن شاء الله عز وجل .

---

(١) السواد : مختصر المزني كما تكرر مرات ومرات .

فَصْلٌ

قال : « ولو قالت له : طلقني ثلاثاً ولك ألف درهم . . . إلىٰ آخره »[1] .

٨٨٠٧ـ إذا قالت المرأة لزوجها : طلقني ثلاثاً بألف درهم ، فطلقها واحدة ، وقعت الطلقة بثُلث الألف ، سواء أعاد ذكر العوض ، أو لم يتعرض لذكره ، إذا خرج كلامه/ جواباً ، وأجراه علىٰ شرط الاتصال الزماني . هـٰذا مما مهدناه عند ذكرنا أصلَ الخلع [وماهيتَه][2] ، وفرقنا فيه بين الجانبين ، فأوضحنا أن المرأة إذا استدعت ثلاثاً بمال ، فأجابها الزوج إلىٰ بعض ما استدعت بقسطه من المال ، [نفذ][3] ، وثبت قسطٌ من المال . ولو قال الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً بألف ، وقالت : قبلت طلقةً بثلث الألف ، لم يقع شيء ، وقدمنا في إيضاح الفرق بين الجانبين ما فيه مَقْنع .

ي ٦٠

ثم إذا كانت المرأة هي المستدعية ، فلا فرق فيما ذكرناه من جريان التبعيض [بين][4] صلةٍ وصلةٍ إذا استوت الصلات في جواز الاستعمال واقتضاء التعويض .

فإذا قالت : طلقني ثلاثاً علىٰ ألف ، أو طلقني ثلاثاً ، ولك عليّ ألف ، أو طلقني ثلاثاً ولك ألف ، فإذا طلقها واحدةً ، بانت به ، واستحق عليها ثلثَ الألف ، كما لو قالت : طلقني ثلاثاً بألف .

وأبو حنيفة[5] خصص جريان التبعيض بصلة (الباء) فقال : إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدةً ، استحق ثلث الألف ، وأما إذا قالت : علىٰ ألف ، أو لك ألف ، فلا يستحق الزوج بإجابتها إلىٰ بعض ما سألت شيئاً ؛ واعتقد الفرق بين (الباء) و(علىٰ) صائراً إلىٰ أن الباء تقتضي التعويض المحقق ، والتعويضُ من مقتضاه/ مقابلة

ش ٦٠

---

(١) ر . المختصر : ٤/٥٨ .
(٢) في الأصل : ما وهبته .
(٣) في الأصل : بعد .
(٤) في الأصل : من .
(٥) ر . المبسوط : ١٦/١٧٣ ، ١٧٤ ، ومختصر الطحاوي : ٢٠٢ ، وحاشية ابن عابدين : ٢/٥٦٢ ، ٥٦٣ .

الجملة بالجملة وتوزيع الأبعاض على الأبعاض . (وعلىٰ) كلمةُ شرطٍ ومن مقتضى الشرط وجودُ كمال الشرط في ثبوت المشروط .

وهٰذا الذي ذكره خيالٌ لا أصل له ، والصلات مستوية في اقتضاء التعويض ، وجريان التبعيض . ثم ما أشرنا إليه من التعويض لا يكفي في إجراء التبعيض ، حتىٰ نضم إليه نزوعَ المعاوضة في جانبها إلى الجعالة ، كما سبق تقريرها . وإذا جرىٰ كلام على البسط تأصيلاً ، فلتقع القناعة بإحالة الفروع عليها . هٰذا أصل الفرع .

٨٨٠٨ـ ولو سألت المرأة ثلاثاً بألف . وكان الزوج لا يملك إلا الطلقة الأخيرة ، فطلقها تلك الطلقة . **قال الشافعي** : يستحق عليها تمامَ الألف . **وقال المزني** : لا يستحق عليها إلا ثُلثَ الألف ، وذكر **أبو إسحاق المروزي** طريقة أخرىٰ ، اختارها لنفسه ، وقد نزّل عليها **نصَّ الشافعي** بزعمه ، فنذكر طريقته ، ثم نذكر تصرفه على النص .

قال : الحكم يختلف بعلم المرأة وجهلها ، فإن كانت تظن أن الزوج يملك عليها ثلاث طلقات ، فإذا طلقها الطلقةَ الأخيرة ، وكان لا يملك غيرها ، لم يستحق عليها إلا ثلث الألف ، ولو كانت عالمةً بأنه لا يملك عليها إلا/ الثالثة ، فسألت الثلاث بالألف ، فطلقها الثالثة ، استحق تمام الألف ، كما **قاله الشافعي** ؛ لأنها لما سألت الثلاث مع العلم بأنه لا يملكها ، حُمل سؤالها علىٰ تحصيل [الحُرمةِ][(١)] الكبرىٰ . هٰذا أصل كلامه . ثم تصرف على النص ، وزعم أن قول **الشافعي** ، في ثبوت الألف بالطلقة الثالثة محمول علىٰ ما إذا كانت عالمةً [بأن][(٢)] الزوج لا يملك إلا الثالثة .

٦١ ي

فنقول : لا يستقيم تصرفُ **المروزي** على النص لمسألةٍ نص عليها **الشافعي** في [**الكبير**][(٣)] ؛ فإنه قال : لو قالت له : طلقني ثلاثاً بألفٍ ، وكان بقي له عليها طلقتان ، فإن طلقها واحدة ، استحق ثلث الألف ، وإن طلقها ثنتين ، استحق كل الألف . ولم

---

(١) في الأصل : الجهة الكبرىٰ . وهو من طرائف التصحيف .
(٢) في الأصل : لأن .
(٣) في الأصل : الكثير . والكبير هو من كتب الشافعي .

يفرق بين حالة العلم وحالة الجهل ، وهـٰذا لا يستقيم علىٰ مذهب **المروزي** ؛ فإن المرأة لو كانت عالمة ، فمقتضىٰ أصله أن الزوج يستحق عليها بالطلقة نصف الألف ، تنزيلاً للعوض علىٰ معلومها . وقد **قال الشافعي** : لو طلقها طلقة استحق ثلث الألف ، فإن حُمل استحقاق الثلث علىٰ جهلها ، [فمذهبه][1] أنها إذا كانت جاهلة فلو طلقها الطلقتين ، استحق ثلثي الألف ، فلا يستمرّ مذهب **المروزي** في هـٰذه المسألة منطبقاً على النص ، ولأن **الشافعي** أجرىٰ جوابه في الطلقتين/ علىٰ نسق واحد ، فقد بطل تصرفه[2] ، وبقي مذهبه .

ش ٦١

٨٨٠٩ـ ومسائل الفصل مُدارة علىٰ **ثلاثة مذاهب** : **أحدها** ـ النص ، **والآخر** مذهب **المزني** ، [**والثالث** مذهب **المروزي**][3] ونحن نذكر قواعد المذاهب موضحة ، ثم نذكر وجوهَها ، ثم نفرع المسائلَ عليها .

أما مذهب **الشافعي** ، فقاعدته أن المرأة إذا سألت الثلاثَ ، فحصَّل الزوج لها الحرمة الكبرىٰ ، استحق عليها تمامَ العوض المسمىٰ ، ولا نظر إلى العدد ، ولا فرق بين أن يكون الزوج مالكاً للثالثة أو لاثنتين ، ومهما حصلت الحرمة الكبرىٰ ، تعلق[4] به استحقاق تمام العوض . وإن لم تحصل الحرمة الكبرىٰ يوزّع المال المبذول علىٰ [العدد][5] المسؤول ، ونُظر إلىٰ ما أوقعه الزوج ، فوجب بقسطه من العوض ؛ نظراً إلى التوزيع الذي ذكرناه ، ولا فرق بين أن تكون عالمة أو جاهلة .

وبيان ذلك ـ علىٰ قدر الحاجة إلىٰ تمام التفريع ـ أنها لو سألت ثلاثاً وكان الزوج يملك واحدة أو اثنتين ، فاستوفىٰ ما يملكه ؛ فإنه يستحق تمام العوض . ولو كان يملك طلقتين مثلاً ، فطلقها واحدة ، استحق ثلث الألف ؛ لأنه لم يحصّل الحُرمة

---

(١) في الأصل : فمذهبها .

(٢) تصرفه : الضمير يعود على المروزي ، والمعنىٰ بطل تصرفه في نص الشافعي ، فلا يستقيم ، ولـٰكن بقي مذهبه في التفريق بين علم المرأة وعدمه .

(٣) زيادة لاستقامة الكلام .

(٤) في الأصل : وتعلّق .

(٥) مكانها بالأصل كلمة (المال) مضروباً عليها .

الكبرىٰ ، فيوزع المبذول على العدد المسؤول ، وهي قد سألت الثلاث ، فلم يجبها إلا إلىٰ واحدة . هـٰذا [أصل][1] النص .

وأما قاعدة مذهب **المزني** ، فتوزيع البدل/ على العدد المسؤول أبداً ، سواءٌ حصّل الزوجُ الحرمةَ الكبرىٰ ، أو لم يحصِّلها . ٦٢ ي

وأصل مذهب **المروزي** أنها إن كانت جاهلة ، فالبدل موزع على العدد المسؤول كما قاله **المزني** . وإن كانت عالمة بأن الزوج لا يملك تمام المسؤول ، فالعوض يقابِل معلومَها وإن علمت أنه لا يملك إلا واحدة ، فالعوض في مقابلته . فإن علمت أنه يملك طلقتين يوزع البدل علىٰ ما علمته ملكاً للزوج . فإن طلقها بثنتين استحق التمام ؛ فإنه استوفىٰ جميع ما علمت . وإن طلقها واحدةً ، وهو يملك اثنتين ، استحق نصف البدل ؛ توزيعاً علىٰ معلومها ، لا علىٰ مسؤولها .

هـٰذا بيان أصول المذاهب الثلاثة . ولم ينسب أحد من **الأصحاب** مذهبَ **المزني** إلىٰ مذهب **الشافعي** ومتبعيه إلا **الشيخَ أبا علي** ، فإنه حكىٰ أن بعض **الأصحاب** رأىٰ مذهب **المزني** تخريجاً ملحقاً بالمذهب . وهـٰذا متجه ؛ [و][2] في كلام **المزني** ، ما يدل عليه ؛ فإنه قال : قياس مذهب **الشافعي** كذا وكذا ، والذي يقتضيه الإنصاف تقديمُ تخريجه علىٰ تخريج غيره ، فإذا كان تخريج ما ذكره علىٰ قياس **الشافعي** ، فهو تخريج منه وقد يجانب مذهبُه **الشافعيَّ** ويخترع لنفسه مقالة ؛ فإذ ذاك لا يُلحق بالمذهب .

٨٨١٠ـ توجيه المذاهب : أما مذهب/ **المزني** ، فوجهه ظاهر ؛ فإنها إذا سألت الثلاثَ بالألف ، فقد قابلت عدداً بمبلغٍ ، فإذا لم يحصِّل الزوج من العدد إلا بعضَه بَعُد أن يستحق تمامَ البدل المسمىٰ . ثم أكد **المزني** ذلك وتشوف إلىٰ تقدير سؤال وأجاب عنه ، فقال : إن نظرنا إلىٰ حصول الحرمة الكبرىٰ ، فليست هي حاصلة بالطلقة الثالثة ، وإنما تحصل باستيفاء العدد ، والاستيفاءُ لا ينحصر معناه على الثالثة ، بل إنما يحصل بالطلقتين السابقتين وبالثالثة المنجّزة ، وإذا لم يجبها إلى العدد ، فلم يأت بما ٦٢ ش

---

(١) في الأصل : هـٰذا الأصل .

(٢) (الواو) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

هو مقتضى الحرمة ، ومقتضى اللفظ مقابلةُ الألف بالثلاث .

وأما وجه النص ، فهو أن الطلقات لا تُعنَىٰ لأعيانها ، وإنما الغرض الأحكامُ المرتبةُ عليها ، والمقصود الأقصىٰ منها الحرمةُ الكبرىٰ ، فإذا حصّلها الزوج بالطلقة الثالثة ، فقد حصل تمام مقصودها ، والعدد لعينه لا معتبر به ، فإن الأموال إنما تقابل بمقاصدَ معقولةٍ .

فلا يبقىٰ بعد ذلك إلا ما أورده **المزني** من إحالة الحرمة على الطلقات الثلاث ، وقد يشبّه **المزني** ذلك بإحالة السُّكر على الأقداح السابقة واللاحقة . وهـٰذا موضع التثبت ، [فللقدح الأول والأخير][1] أثرٌ في العقل مخامرة وتخميراً . ولا يحصل بالطلقة الأولىٰ من تحريم النكاح شيء ، ولو فرض حصولٌ لا يتبعّض ، وإذا شبه المشبه ما نحن فيه بتغريق السفينة/ بتثقيلها بكثرة الشِّحنة ، وكلُّ قدرٍ يُغوِّص من السفينة قدراً ، فلا نظر إلىٰ هـٰذه الأجناس ، والذي نحن فيه ليس في معناها ؛ فإن شيئاً من حرمة العقد لم يحصل ، وإنما تحصل حرمةُ العقد خصلةً واحدةً ـ من غير ترتب وتبعّض ـ بالطلقة الثالثة . ي٦٣

ثم إذا وضح أن النظر إلىٰ تحصيل المقصود ، فالمناقشة في العلة لا معنىٰ لها . وقد حصّل الزوج كلّ المقصود ، وما كان حَصل من هـٰذا المقصود شيء قبلُ .

وأما وجه **مذهب المروزي** ، فهو أنها إن كانت جاهلةً ، فقد ثبتت المقابلة علىٰ معادلة المسمىٰ ما سألته من العدد ، فيجب رعاية قصدها ، وهي مقدورة . فأما إذا سألت الثلاث ، والسؤال يتعلق بالاسقبال ، فيستحيل حمل سؤالها علىٰ محالٍ ، فيتعين حمله على المقصود الذي علمته .

وهـٰذا ليس بشيء ، وليس ينقدح إلا النص ، **ومذهبُ المزني** ؛ فإنه يجوز أن يقال : إذا علمت أنه لا يملك الثلاث ، وسألت الثلاث ، قصدت تنقيص المسمىٰ ، إذا استوفى الزوج ما يملك .

هـٰذا بيان أصول المذاهب تمهيداً وتوجيهها .

---

(١) ما بين المعقفين مكان كلمات مضطربة رسمت هـٰكذا : « فلا قدح بل الآخر والأولة » .

٨٨١١ـ ونحن نوضحها الآن بالمسائل الجليّة ، ثم نأتي بعدها بالمسائل التي فيها بعض الغموض ، ونختتم الفصل بمسائل أوردها **صاحب التلخيص** ، ونذكر فيها ما ذكره **الشارحون** ، إن شاء الله تعالىٰ .

فنقول : إذا كان يملك عليها طلقة ، فسألت/ ثلاثاً بألف ، فطلقها الثالثة ؛ فإنه يستحق تمام الألف على النص ، ويستحق ثلثه علىٰ مذهب **المزني** توزيعاً للبدل المبذول على العدد المسؤول ، **والمروزي** يقول بمذهب **الشافعي** إن كانت عالمة ، وبمذهب **المزني** إن كانت جاهلة . ٦٣ ش

وإن كان الزوج يملك عليها طلقتين ، فسألت ثلاثاً بألف ، فتفريع المسألة على النص أنه إذا طلقها الثنتين ، استحق الألفَ بحصول الحرمة الكبرىٰ ، وإن طلقها واحدةً من الثنتين ، استحق ثلث الألف توزيعاً للمبذول على العدد المسؤول ؛ فإنها سألت الثلاث ، ولم يحصّل الزوجُ مقصود الثلاث ، ولم يوقع إلا طلقة واحدة .

وأما **المزني** ؛ فإنه يقول : إن طلقها ثنتين ، استحق ثلثي الألف ، وإن طلقها واحدةً ، استحق ثلث الألف ؛ فإنه يوزع البدل على العدد المسؤول أبداً .

والمروزي يفصّل بين أن تكون عالمة أو جاهلة ، ويقول : إن كانت جاهلة ، فطلقها طلقتين ، استحق ثلثي الألف ، وإن كانت عالمةً فطلقها طلقتين ، استحق تمام الألف ، وإن طلقها طلقة ، استحق نصف الألف ؛ توزيعاً للبدل علىٰ معلومها لا علىٰ مسؤولها ، فيكون مذهبه في حالة علمها وقد طلقت طلقةً واحدة مخالفاً للنص ومذهب **المزني** .

٨٨١٢ـ ولو قالت : طلقني عشراً بألف وكان يملك عليها ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة . فالتفريع/ على النص أنه إن حصّل الحرمة الكبرىٰ ، استحق تمام العوض المسمىٰ ، وإن لم يحصّل الحرمةَ الكبرىٰ ، بل طلّق واحدة من الثلاث ، أو واحدة من اثنتين ؛ فإنه يستحق عُشر البدل ؛ توزيعاً له على العدد المسؤول . فإن كان يملك ثلاثاً فطلق اثنتين استحق خمس البدل ؛ لأن ما أتىٰ به خمس العشرة . ٦٤ ي

وعلىٰ مذهب **المزني** البدل يتوزع أبداً على العدد المسؤول ، حتىٰ لو كان لا يملك

إلا واحدة ، لم يملك بإيقاعها إلا عشر البدل ، وإن حصلت الحرمة الكبرىٰ .

وذكر **الشيخ أبو علي** في بعض مجاري كلامه أن **المزني** لا يوزع إلا على العدد الشرعي ، فإن زاد السؤال ، فالتوزيع مردود إلى الثلاث . وهـٰذا فيه احتمال علىٰ مذهبه ؛ فإن مذهبه مدارٌ علىٰ ركنين : **أحدهما** ـ رعاية المقابلة اللفظية ، وهـٰذا القياس يقتضي التوزيع على العشر فصاعداً ، كيفما اتفق السؤال ؛ نظراً إلى اللفظ . **والركن الثاني** ـ أنه يقول : الحرمة لا تحصل بالطلقة الأخيرة وحدها ، بل تحصل [بها][1] والطلقتين السابقتين ، فعلىٰ هـٰذا لا يبعد رعايةُ الثلاث ، والمنعُ من [تعدّيها][2] في الاعتبار ؛ فإن الحرمة الكبرىٰ تتعلق في الثلاث علىٰ رأيه . وهـٰذا وإن كان له اتجاه ، فالمذهب المعروفُ به التوزيع على العدد/ بالغاً ما بلغ . ش ٦٤

وأما **المروزي** ، فإنه يبني مذهبه على العلم والجهل ، ولا تكاد المرأة تجهل أن عدد الطلاق لا يزيد شرعاً على الثلاث ، فنذكر السؤال علىٰ هـٰذا التقدير : فإذا سألت عشراً ، وكان الزوج يملك ثلاثاً مثلاً ، فالبدل موزع على الثلاث ، فإنها منتهى العدد في علمها ، فيقع التوزيع علىٰ معلومها ، ويكمّل البدل باستيفائه تمام المعلوم .

وإن فرض فارض امرأة حديثة العهد بالإسلام ، لم يبلغها العدد الشرعي في الطلاق ، فإذا سألت عشراً علىٰ تقدير أن الزوج يملك ذلك ، فالتوزيع يقع علىٰ مسؤولها .

ومن **أصحابنا** من تصرف علىٰ **المروزي** ، وقال : إنما يؤثر جهلها إذا لم يتعدَّ الحصرَ الشرعي ، فإن تعدته ، فلا معوّل علىٰ جهلها . وهـٰذا ضعيفٌ ، ومذهبه أن جهلها مهما تُصوّر معتبرٌ في العدد الشرعي ، وفي الزائد عليه .

فإن قيل : حكيتم على الجملة خلافاً[3] علىٰ طريقة **المروزي والمزني** في العدد الزائد على العدد الشرعي ، وقطعتم باعتبار العدد الزائد علىٰ **مذهب الشافعي** ، فما السبب فيه ؟ قلنا : ما حكيناه أولاً من مذهب **المزني** ، **والمروزيّ** مزيفٌ ، لا اعتداد

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : قعد بها .

(٣) في الأصل : حكيتم على الجملة أنه خلافاً .

بمثله . ثم له[١] وجه على المذهبين ، أما مذهب **المزني** ، [فمعوّله][٢] أن الحرمة تناط بالثلاث ، وهـٰذا يوجب حصره النظر في الثلاث/ . ٦٥ ي

والمروزي إنما يحصر اعتبار الجهل فيما يفرض جهله ، وما يندر جهله لا معوّل عليه .

أما إذا فرعنا على النص [فالتعويل][٣] علىٰ شيئين : **أحدهما** ـ تحصيل الحرمة الكبرىٰ ، وهي المقصود ، فإذا لم تحصل الحرمة ، فلئن قيل : الزائد على الحرمة لغوٌ ، فالمرأة قابلت المال بالثلاث . وبالزائدة[٤] عليها ، فليقع نظر الفقيه في مقابله ، وليعتقد أنه إذا ألغىٰ مقابل المال ، لغا المال ، وهـٰذا المعنىٰ يوجب التقسيط على المقصود لا محالة ، وهـٰذا التقسيط لضبط [المذهب][٥] وإلا فالتقدير إسقاط سبعة أعشار الألف بطريق الإلغاء ، فلا تبقىٰ إلا ثلاثة أعشار ، فيثبت بالواحدة عشر ، وبالثانية عشر آخر ، وبالثالثة التمام لحصول الحرمة الكبرىٰ ، وكأن الألفَ علىٰ حصول المقصود ، ويتطرق الإلغاء إليه دون المقصود .

فهـٰذا تفريع جليات المسائل علىٰ أصول المذاهب .

٨٨١٣ـ ونحن الآن نأخذ في المسائل الغامضة ، فنقول : إذا قالت : طلّقني ثلاثاً بألف ، وكان يملك عليها ثلاثاً ، فقال في جوابها : أنت طالق واحدةً بألف واثنتين بغير شيء ، فتلحقها الطلقة الأولىٰ ، وتبين بها ، ولا يقع الأخريان ؛ لأنها تصير مختلعة بالأولىٰ ، والمختلعة لا يلحقها الطلاق . هـٰذا ما ذكره **الصيدلاني والقاضي** ، **والأئمة** المعتبرون في المذهب .

وفي المسألة إشكالٌ/ لا دفع له ، وذلك أنها لما سألت الثلاثَ بألف ، فقد سألت كل طلقة بثلث ألف ، وقد قال الزوج في جوابها : أنت طالق واحدة بألف ، فلم يقع ٦٥ ش

---

(١) له : الضمير يعود على الخلاف .
(٢) في الأصل : فمعلوله .
(٣) في الأصل : والتعويل .
(٤) وبالزائدة : أي الطلقات الزائدة على الثلاث .
(٥) في الأصل : مذهب .

كلامه علىٰ موافقة تقديرها ، وعلىٰ مقتضىٰ مقابلتها ، وإذا خالف كلامُ الزوج استدعاءَ المرأة ، لم يكن كلامه إسعافاً ، وإذا أظهر الزوج خلافاً ، صار مبتدئاً غير مجيب ، فالذي يقتضيه القياس الحقُّ أن الطلقة الأولىٰ لا تقع ؛ لأنه ربط وقوعها بالتزام الألف ، ولم يسبق من المرأة استدعاء ذلك ، ولم تقبل أيضاً الألف علىٰ حسب قوله بعد قوله[1] ، وإذا لم تقع الطلقة الأولىٰ ، وقعت الطلقتان الأخريان رجعيتين . هـٰذا هو الذي لا يجوز غيره ، وإذا كان الكلام علىٰ مقتضىٰ لفظٍ ، وهو علىٰ حسب ما ذكرناه قطعاً ولم نصادف علىٰ مخالفته نصاً ، فلا وجه للتماري في التعلّق بالحق .

هـٰذا منتهى المراد في ذلك ، نقلاً واستدراكاً .

والذي ذكره **الأصحاب** أن الطلقة الأولىٰ تقع بثلث الألف ، وتصير المرأة مختلعة ، وهـٰذا علىٰ نهاية الخبط[2] والفساد .

٨٨١٤ـ ولو قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال : أنت طالق طلقة مجاناً بلا عوض ، وطلقتين بألف درهم . فنقدم على المسألة تجديد العهد بأن الرجعية هل تُخالع ؟ وفي ذلك قولان : **أصحهما** ـ وهو المنصوص عليه في **الجديد** أن مخالعتها تصح ؛ فإنه إذا/ كان يلحقها الطلاق بلا عوض يلحقها الطلاق بالعوض . ي٦٦

والقول الثاني ـ أن الطلاق بالعوض لا يلحقها ، وهو منصوص عليه في **القديم** .

وهـٰذه المسألة مفرعة علىٰ هـٰذا الأصل ، ونحن نصوّرها علىٰ وجهٍ لا يلحقها غائلة ، ونعيد تصوير الأولىٰ علىٰ حسبها حتىٰ يتبين الغرض في النفي والإثبات ، ثم نعود إلىٰ ما في المسألة من غائلة ، فنقول : إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألفٍ ، فقال الزوج : طلقتك واحدة بثلث الألف ، واثنتين مجاناً ، فتقع الواحدة بثلث الألف ، فإن الزوج موافق فيها موجب استدعاء زوجته ، ولا تلحق الطلقتان بعدها ؛ فإنها صارت مختلعة .

---

(١) علىٰ حسب قوله بعد قوله : أي أن قوله صار ابتداء إيجاب يستدعي منها قبولاً بعده .

(٢) خالف الإمام أئمة المذهب كما رأيتَ ، وقد استقرّ المذهب علىٰ رأي الإمام ، فقد قال الرافعي والنووي عن كلام الإمام : « حسن متجه » وقالا عن رأي أئمة المذهب : « إنه بعيد » (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٤٥٤ . والروضة : ٧/ ٤٢٠) .

ولو قال في جوابها وسؤالها كما مضىٰ : أنت طالق واحدةً مجاناً بلا عوض ، واثنتين بثلثي الألف . فهٰذا يخرّج علىٰ أن الرجعية هل تخالع ؟ فإن قلنا : إنها تخالع ، ثبت ثلثا الألف ، وإن قلنا : إنها لا تخالع ، فلا يثبت للزوج شيء من المال ، ثم إذا لم يثبت المال ، فالذي قطع به **الأصحاب** وقوع الطلاق من غير عوض . وهٰذا من الأصول ، فليتنبه له الناظر ، وليقف عنده ؛ فإنا نبتدىء فنقول :

من طلق امرأته طلقةً رجعية ، وقلنا : الرجعية لا تخالع ، فإذا قال لها : أنت طالق علىٰ ألف درهم ، فقالت : قبلت ، فالطلاق يقع رجعياً ؛ فإنه إن كان لا يلحقها الطلاق بعوض يلحقها الطلاق بغير/ عوض ، فتصير الرجعية في هٰذا المقام كالمبذرة السفيهة . وقد نص **الشافعي** وأطبق **الأصحاب** علىٰ أن الزوج إذا قال لامرأته السفيهة المبذرة : أنت طالق علىٰ ألف درهم ، فقالت : قبلت ، فالطلاق يقع رجعياً . ولا شك أن الرجعية في المعنى الذي ذكرناه بمثابة المبذرة ، إذا تُصوِّر تطليقُها من غير عوض ، وقد وُجد القبول منها علىٰ صيغةٍ واحدة ، وهما من أهل العبارة ، بل عبارة الرجعية إذا لم تكن مبذرة أولىٰ بالصحة . ٦٦ ش

فإن عاود معترضٌ ، وأبدىٰ إشكالاً ينعكس على السفيهة ، كان كلاماً في غير موضعه . ثم الذي عليه التعويل في السفيهة أن الطلاق علىٰ صيغة المعاوضة يعتمد صورة القبول ، ولا يعتمد اللزوم ، والدليل عليه أنه إذا قال لامرأته المُطْلَقة[1] : أنت طالق علىٰ زِقٍّ خمر ، فقالت : قبلت ، وقع الطلاق ، والمقبول لا يلزم . ولو التزمت مهر المثل في مقابلة قول الزوج ، لم يقع شيء ، فاستبان أن التعويل في وقوع الطلاق على التوافق في القبول ، علىٰ شرط صحة العبارة . وسنُجري مسألة السفيهة بعد ذلك [ونزيدها][2] كشفاً ، والغرض المنتجز الآن تشبيه الرجعية بالمبذرة . وهٰذا واقعٌ لا رفع له .

فخرج من مجموع ما ذكرناه أنها إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال/ : طلقتك واحدة بلا عوض ، وطلقتين بثلثي الألف ، فلا خلاف في وقوع الثلاث ، ولٰكن إن ٦٧ ي

---

(١) « المطلقة » أي غير المحجور عليها ، فهي هنا في مقابلة السفيهة .

(٢) في الأصل : وندبرها .

صحنا [مخالعة][(١)] الرجعية ، وقعت الطلقتان الأخيرتان بثلثي الألف ، وإن منعنا مخالعة الرجعية ، وقعت الطلقات الثلاث من غير عوض ؛ فإن الأولىٰ وقعت رجعية ، ثم امتنع بعدها ثبوت العوض .

هـٰذا تفصيل القول مع فرض المسألة من غير غائلة .

٨٨١٥ـ فأما إذا سألت ثلاثاً بألفٍ ، فقال : أنت طالق واحدةً مجاناً ، واثنتين بالألف ، فإن جوزنا مخالعة الرجعية ، فالوجه القطعُ بثبوت الألف ، ولا حكم لما في لفظه من مخالفة المرأة ؛ فإنها قابلت الثلاث بالألف ، وقابل هو طلقتين بالألف ، والسبب فيه أنه حصّل الحرمة الكبرىٰ ، وقد ذكرنا أنه إذا حصلها ، فلا نظر إلى العدد ، وهـٰذا حكم النص ، وعليه التفريع .

فإن فرع مفرّع المسألة علىٰ مذهب **المروزي** في حاله ، فينقدح في هـٰذه الصورة ألا تقع الطلقتان علىٰ موجب القياس الذي ذكرناه ؛ من جهة مخالفة الزوج استدعاءها ، وليست هـٰذه المسألة بمثابة الأولىٰ ؛ فإنها مفروضة فيه إذا طلق الطلقة الأولىٰ بالألف ، مع العلم بأن الأولىٰ لا تفيد الحرمة الكبرىٰ ، فاتجه فيها القياس/ الذي ذكرناه ، من جهة [مخالفة الزوج استدعاءها][(٢)] وإن كان مذهب **الأصحاب** علىٰ مخالفته .

ش٦٧

٨٨١٦ـ ومما نفرعه أن المرأة إذا قالت : طلقني واحدة علىٰ ألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً ، **قال الشافعي** في هـٰذه المسألة : طلقت ثلاثاً وله الألف . **وقال أبو حنيفة**[(٣)] : لا يستحق عليها شيئاً ، **وأبو يوسف ومحمد مع الشافعي** .

معتمد المذهب أنه أجابها إلىٰ ما سألت ، وزاد . ولم يخالف **أبو حنيفة** في أنها إذا سألت ثلاثاً بالألف ، فطلقها واحدةً ، استحق ثلث الألف ، وهـٰذا أقرب إلىٰ مخالفتها . وما ذكرناه فيه إذا قال : أنت طالق ثلاثاً في مقابلة قولها : طلقني واحدة . فإذا لم يُعد الزوج ذكرَ المال ، فالجواب كما ذكرناه .

---

(١) في الأصل : المخالعة .

(٢) في الأصل : مخالعة الزوج استدعائها .

(٣) ر . المبسوط : ٦/ ١٨٢ ، وحاشية ابن عابدين : ٢/ ٥٦٢ .

وإذا قالت : طلقني واحدةً بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً بألف ، أو علىٰ ألف ، فهـٰذا موضع التردد ؛ من قِبَل أنها قابلت واحدةً بألف ، فقابل الزوج في جوابها ثلاثاً بألف ، فاقتضىٰ ما جاء به الزوج مقابلة طلقة بثُلث الألف ، فالذي ذهب إليه **معظمُ الأصحاب** وقوع الثلاث/ [و][1] استحقاق الألف كالصورة الأولىٰ ، وهي إذا لم يُعد الزوج ذكرَ المال ؛ ووجهه أنه أتىٰ بما سألت وزاد . ٦٨ ي

[و][2] في **بعض التصانيف** عن **القفال** أن الثلاث تقع ، ويستحق الزوج ثلث الألف ؛ لأنها رضيت بواحدة على العوض ، ولم يثبت العوض إلا علىٰ مقابلة ملك الواحدة ، ولـٰكن لا ترتّب في الطلقات حتىٰ يقال : ثبت الطلاق بمالٍ ، ولم [يلحقه][3] غيرُه .

وفي **هـٰذا التصنيف** وجهٌ آخر ، وهو أنه يقع طلقة واحدة فحسب ؛ لأن التوافق لم يقع إلا علىٰ طلقة واحدة ، والزوج قابل الطلقتين الأخريين بمالٍ ، والمرأة لم تقبله ، وهـٰذا والذي حكاه عن **القفال** ليسا بشيء ؛ إذ لوْ صحّ هـٰذا المسلك ، لوجب أن لا يقع شيء ؛ من قِبل أنه قابَل كلَّ طلقة بثلث الألف . وهـٰذا يخالف استدعاءها .

٨٨١٧ـ ولو قالت المرأة لزوجها : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق واحدة بثلث الألف ، لم يقع شيء ؛ فإن الاختلاف [بين][4] الإيجاب والقبول لا فرق فيه بين الزيادة وبين النقصان .

ولو قال الرجل : بعتك عبدي هـٰذا بألف درهم ، فقال : اشتريته بألفين ، لم ينعقد البيع ، ولم نقل : أتىٰ بالألف وزاد فلغت الزيادة ، فلو كانت المسألة التي نحن فيها تخرّج على القاعدة التي شبَّب بها/ **هـٰذا المصنف** حكايةً عن **القفال** ، لوجب المصير إلىٰ أنه لا يقع شيء ، ثم كان لا يفرّق بين أن يعيد الزوج ذكرَ الألف وبين أن يذكرَ ٦٨ ش

---

(١) (الواو) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : (في) بدون واو .
(٣) في الأصل : يلحق .
(٤) في الأصل : من .

الألفَ إذا [طلق][١] ثلاثاً ؛ فإنه وإن لم يُعد ذكرَ الألف ، [فهو][٢] معادٌ ضمناً ، وعلىٰ هـٰذه القاعدة تثبت الأعواض .

فإن قال قائل : فما الجواب [فيما][٣] شبّبتم به في إعادة الألف ، وفي السكوت عنه ؟ قلنا : خروج المسألة علىٰ أنه إذا طلقها ثلاثاً ، فقد حقق غرضها ، فلا نظر بعد ذلك إلىٰ شيء .

وهـٰذا مشكلٌ في صورةٍ سَهْلُ المحتمل في الأخرىٰ ، فأما الصورة السهلة ، فهي إذا طلقها ثلاثاً ؛ فإنه استوفىٰ ما عنده ، وصارت الحرمة الكبرىٰ في حكم الخَصْلةِ الواحدة ، فلا تقسيم ولا تبعيض بعد حصولها ، وكانت سألت فُرقةً مخففة ، فأجابها مغلظة ، وينقدح عليه عكس هـٰذه الصورة .

وأما الصورة التي فيها عسر هي[٤] إذا قالت : طلقني واحدةً بألف ، فقال : أنت طالق ثنتين بألف ، فلم يتحقق في هـٰذه الصورة حرمةٌ مغلّظة ، نتّبعها ونترك العدد ، والمقابلة تختلف في الصورة ويترتب على اختلافها اختلاف الاستدعاء والإجابة ، ولم ينص **أصحابنا** علىٰ هـٰذه المسألة بعينها ، ولـٰكن قياس كلامهم القطعُ بوقوع الطلقتين .

ي ٦٩ وينقدح عندي في/ هـٰذه الصورة مذهب **أبي حنيفة** ، فليتأمل الناظر مواقف الكلام ومواقع الإشكال .

٨٨١٨ـ وقد انتهىٰ ما أضمرناه من تفريع المسائل الغامضة على القواعد المقدّمة .

ونحن نذكر بعدها ما يتعلق بكلام **صاحب التلخيص**[٥] من الزوائد ـ والله المستعان .

فمما ذكره أن المرأة إذا سألت طلقتين [أو ثلاثاً وهو لا يملك][٦] إلا الواحدة ،

---

(١) في الأصل كلمة غير مقروءة هـٰكذا (قلق) .
(٢) في الأصل : وهو .
(٣) في الأصل : كما .
(٤) نذكّر أن سقوط الفاء في جواب (أما) لغة كوفية ، جرى المؤلف عليها غالباً .
(٥) ر . التلخيص لابن القاص : ٥١١ .
(٦) عبارة الأصل : طلقتين ثلاث وهو لا يحلل إلا الواحدة .

والتفريع على النص ، وقال الزوج في جوابها : طلقتك اثنتين [الثانية منهما][(١)] بألف ، فلا يستحق من العوض شيئاً ؛ فإنه عرّى الطلقة الأولىٰ عن العوض ، وكان لا يملك غيرها . وقد أتىٰ بذكر الطلقتين أولاً علىٰ صيغةٍ تقتضي الجمع ، ثم جاء بها تقتضي الترتيب ؛ إذ ذَكرَ الثانية ، ومن ضرورة الثانية أولىٰ ، وهـٰذا لائح ، فإن قال في جوابها : أنت طالق اثنتين الأولىٰ منهما بألفٍ ، استحق تمام الألف ، ولغا تقدير الطلقة الثانية .

وكل ذلك يخرّج علىٰ أنا لا نرعى العدد مع تحصيل الحرمة الكبرىٰ .

ولو سألت طلقتين ، وهو لا يملك إلا واحدة ، فقال في جوابها : أنت طالق طلقتين ، ولم يتعرض لذكر المال وتقديرِهِ المقابلةَ ، ولما راجعناه ، قال : لم يكن لي نية تقدير مقابلة ، ولـٰكني زدتُ علىٰ ما أملك لفظاً ، فكيف السبيل فيه ؟ نقول أولاً : لو نوىٰ صرفَ الألف إلىٰ/ [الأولىٰ][(٢)] استحق تمام العوض ، [أما][(٣)] لو لفظ أو نوىٰ صرف الألف إلى الثانية ـ كما صورناه أولاً ـ لم يستحق شيئاً . ٦٩ ش

وإذا قال : لم يكن لي نية ، فقد ذكر **الشيخ** وجهين : **أحدهما** ـ أنه لا يستحق شيئاً ؛ فإنه يجوز تقدير الأمر علىٰ وجهٍ لا يستحق شيئاً ، ويجوز خلافه ، [والأصل][(٤)] براءة الذمة .

والوجه الثاني ـ وهو اختيار [**أبي زيد**][(٥)] **المروزي** أنه يستحق تمام العوض لتحصيل الحرمة الكبرىٰ ؛ فإنه لم يأت بما يناقض استحقاقَ العوض . وهـٰذا هو الصحيح . والذي يقتضيه كلام **الشيخ** أنه لو قال : نويت مقابلة الثانية بالعوض لا يستحق .

وهـٰذا فيه نظر عندي ، فإنه إذا لم يتلفظ بهـٰذا ، ولفظه للجمع ، فلا يختلف مقتضاه الصريح بنية باطلة .

---

(١) في الأصل : الثالثة منها .
(٢) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها .
(٣) في الأصل : كما .
(٤) في الأصل : والوجه .
(٥) مكان كلمة غير مقروءة في نسخة الأصل . وأبو زيد المروزي غير أبي إسحاق المروزي الذي سبق مذهبه آنفاً .

ومما ذكره من هـٰذا الجنس أنه لو كان يملك طلقة كما صورنا ، فقالت المرأة : طلقني اثنتين بألف ، فقال في جوابها : طلقتك اثنتين بألف ، فقابل الأولىٰ في لفظ بهما ، والتفريع علىٰ مذهب **الشافعي** ونصه ، **قال الشيخ** : اختلف **أصحابنا** في هـٰذه المسألة ، فمنهم من قال : يستحق تمام الألف ، وهو الصحيح ؛ فإن الحرمة الكبرىٰ مهما حصلت ، لم يبق بعد حصولها نظر إلىٰ تفصيل المقابلة ، وكما لا يعتبر التوزيع علىٰ ما سألت إذا أجيبت إلى الحرمة الكبرىٰ ، فلا يعتبر التوزيع/ علىٰ ما لفظ الزوج به . ي ٧٠

ومن **أصحابنا** من قال : لا يستحق إلا نصف العوض ، وهو خمسمائة ؛ فإنه قابل الطلقة المملوكة بخمسمائة ، فلا يستحق أكثر منها .

وهـٰذا ساقط مع حصول الحرمة الكبرىٰ ، كما قدمنا . وليس كما لو قالت : طلقني اثنتين بألفٍ ، وكان يملك ثلاثاً ، فقال : طلقتك واحدة بخمسمائة ؛ فإن تلك الواحدة تقع بالخمسمائة ؛ إذ ليس فيها تحصيل الحرمة الكبرىٰ .

٨٨١٩ـ ومما فرعه أن المرأة لو سألت طلقة بألف ، وكان الزوج يملك عليها ثلاثاً ، فقال في جوابها : أنت طالق وطالق ثم طالق ، نُراجعه . فإن قال : أردتُ مقابلة الألف بالطلقة الأولىٰ ، فلا يلحقها بعدها طلاق . فإذا [قال :][1] أردت [إيقاع][2] الطلقة الأولىٰ بلا عوض ، [وإيقاع][3] الثانية بالألف ، ثم إيقاعَ الثالثة ، فهـٰذا يخرّج علىٰ مخالعة الرجعية ، فإن قلنا : يلحقها الطلاق بالعوض ، طُلّقت طلقتين الأولىٰ بغير عوض ، والثانية بالألف ، ولا تقع الثالثة . وإن قلنا : الرجعية لا تخالع ، لم يستحق الزوج من العوض شيئاً ، [وطلقت][4] المرأة ثلاثاً بناء علىٰ أن الرجعية إذا خولعت ، وقلنا : لا يصح مخالعتها ، فيقع الطلاق من غير عوض ، قياساً على السفيهة .

---

(١) زيادة لاستقامة الكلام .
(٢) في الأصل : ارتفاع .
(٣) في الأصل : فإيقاع .
(٤) في الأصل : فطلقت .

ولو قال الزوج : أردت بالطلقة الأولى/ والثانية رجعتين بلا عوض ، [وأردت][(١)] مقابلة الثالثة بالعوض ، فالذي ذكره **الأصحاب** أن ذلك يخرّج على القولين في مخالعة الرجعية ، وهو بيّن لائح . فإن جوّزنا مخالعتها ، وقع الطلاق ، واستحق الزوج الألف كَمَلاً ، وإن منعنا مخالعة الرجعية ، وقع الثلاث ، ولم يستحق الزوج شيئاً . ٧٠ ش

وقال **الشيخ أبو علي في الشرح** : إذا طلق الرجل امرأته طلقتين ، وجرت في عدة الرجعية ، فخالعها على الثالثة ، صحت المخالعة على الثالثة قولاً واحداً ؛ فإنه يتعلق بها مزيد فائدة ، وهي الحرمة الكبرىٰ ، وإنما القولان في مخالعتها بالطلقة الثانية ، وهـٰذا تفصيلٌ لم أعرفه[(٢)] ، ولم أره إلا له ، وليس فيه كبير معنىٰ ؛ فإن الخلع بالطلقة [الثانية][(٣)] يفيد البينونة وبتَّ النكاح ، فإذا لم يصحح الخلع مع ذلك ، فأي أثر للحرمة الكبرىٰ في التصحيح .

٨٨٢٠ـ ثم إن **صاحب التلخيص** أتىٰ بكلام مضطرب ، وأعاد صوراً أجاب فيها بخلاف ما سبق من جوابه في أعيانها ، فكانت هـٰذه المسألة معروفةً بكثرة عثراته ، ونحن لا نذكر ما لا يفيد معنىٰ ولا يجدي فقهاً ، فالذي يتعلق به ـ علىٰ كل حال ـ شيءٌ أنه قال : إذا [كان][(٤)] الرجل يملك طلقة واحدة ، فسألت المرأة ثلاثاً ، فقال في جوابها : أنت طالق ثلاثاً ، قال : يثبت/ الرجوع إلىٰ مهر المثل ، وقد سألت الطلاقَ الثلاثَ بالألف[(٥)] ، ولم يتعرض لهـٰذا الكلام فيما تقدم ، بل أطلق ما أطلقه **الأصحاب** من ثبوت البدل المسمىٰ إذا [حصلت][(٦)] الحرمةُ الكبرىٰ ، واتفق معظم **الأصحاب علىٰ** ٧١ ي

---

(١) في الأصل : فأردت .

(٢) خالف ابنُ أبي عصرون الإمامَ في هـٰذا ، حيث قال معقباً : « قلتُ : إن غَرُبَ هـٰذا القولُ عنده ، فهو معروف عند أهل العراق ، وأما أثره ، فظاهرٌ ؛ فإنها تقصد بالعوض تأكيد البينونة ، وحصولُها بالثالثة آكد لا محالة ، وإنما جاء الخلاف في الثانية ؛ لأنها لا تفيد إلا الحرمة وقد حصلت بالرجعة الأولىٰ » ا . هـ .

(٣) في الأصل : « الثالثة » . وهو خطأ لا يستقيم الكلام معه .

(٤) في الأصل : قال .

(٥) ر . التلخيص لابن القاص : ٥١٢ .

(٦) في الأصل : جعلت .

تغليطه في إثبات مهر المثل ، وتناقضُ كلامه بيّنٌ لا حاجة إلىٰ تكلفٍ في إيضاحه . قال **الشيخ أبو علي** : وجدت نسخاً من **التلخيص** أصلح فيه ذكر مهر المثل [وحذفه][(١)] .

ووجدتُ[(٢)] لبعض **الأصحاب** وجهاً غريباً أنها إذا سألت ثلاثاً والزوج لا يملك [إلا][(٣)] واحدة أو اثنتين ، فحصّل الحرمة الكبرىٰ بإيقاع ما يملك ـ أن البدل المسمىٰ يسقط ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ لما حصل من الاختلاف بين القولين ، والمسمىٰ إنما يثبت عند التوافق المحقق ؛ ولا سبيل إلىٰ تعرية الحرمة الكبرىٰ عن العوض ؛ فكان الرجوع إلىٰ مهر المثل .

وهـٰذا ليس بشيء ، وبأمثاله تختبط أصول المذهب . وأنا لم أذكره وأنا أسوق ترتيبَ المذهب ، وأخّرت ذكره ؛ حتىٰ لا يعدّ من المذهب .

وقد [انتهىٰ][(٤)] هـٰذا الأصلُ العظيم من الخلع مشتملاً علىٰ أكمل البيان ، منبهاً علىٰ مواقع الإشكال ، وإلى الله الابتهال في الإكمال .

فَصْلٌ

ش ٧١ **قال : « ولو بقيت له عليها طلقة ، فقالت/ : طلّقني ثلاثاً بألف ، واحدةً أحرم بها عليك . . . إلىٰ آخره »**[(٥)] .

٨٨٢١ـ إذا كان الرجل يملك طلقة واحدة ، فقالت **المرأة** : طلقني ثلاثاً واحدةً أحرم بها ، وثنتين إن نكحتني ، فقد ذكر **أصحاب القفال** صورتين : **إحداهما** ـ أن تستدعيَ منه ثلاثَ طلقات بألفٍ : واحدةً تنجز الحرمة ، واثنتين يلتزمهما في الذمة إذا نكحها يوماً ، نجّزهما . هـٰذه صورة .

فإذا نجّز الطلقة التي يملكها ، والتزم طلقتين ، فالذي ذكره **الأئمة المراوزة** أن

---

(١) غير مقروءة في الأصل ، والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٢) ووجدتُ : هـٰذا كلام الإمام ، وليس حكاية كلام الشيخ أبي علي .
(٣) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .
(٤) مكان كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) .
(٥) ر . المختصر : ٤/ ٥٩ .

الطلاق المنجز ينفذ بالمال ، ولـٰكن المسمىٰ لا يثبت ، والرجوع إلىٰ مهر المثل . والسببُ فيه أنها قابلت المال بتنجيزٍ والتزامٍ في الذمة ، والتزامُ الطلاق في الذمة فاسدٌ ، فشرطه فاسد مفسد ؛ وإذا فسدت صيغة العقد والطلاقُ المنجَّز لا مردَّ له ، وقد تثبت المالية ، فينحصر [أثر][1] الفساد الواقع في صيغة العقد في المال المسمىٰ . وهـٰذا النوع من الفساد يوجب الرجوع إلىٰ مهر المثل ، علىٰ ما سنعقد في ذلك فصلاً جامعاً لمحل الخلاف والوفاق .

ثم لو فرض نكاحٌ ، فلا شك أن الزوج لا يطالَب بالوفاء بما التزمه من الطلاق ؛ فإنا أفسدنا الالتزامَ ، ولو وجب الوفاء ، لصح الالتزام .

٨٨٢٢ـ **الصورة الثانية** : أن تقول : طلقني الواحدة التي تملكها ، وعلّق طلقتين إن نكحتني يوماً ولك ألف ، فإذا نجّز ما ملك ، وعلق الطلقتين ، كما استدعت ، فالتعليق مردود ، فإنه تعليقٌ للطلاق قبل النكاح/ ، وصيغة استدعائها فاسدة [و][2] الرجوع إلىٰ كمال مهر المثل ، كما ذكرناه في الصورة الأولى المشتملة على التزام الطلاق بدل التعليق . فهـٰذا منتهىٰ ما بلغنا من قول **أصحاب القفال** . ٧٢ ي

٨٨٢٣ـ وذكر **صاحب التقريب** في المسألتين طريقةً أخرىٰ حسنةً ، فقال : قد جمعت المرأة بين طلاقٍ يصح الاعتياض عنه ، وبين طلاقين لا يصح الاعتياض عنهما ، وقابلت الكلَّ بعوض ، فالوجه تخريج ذلك علىٰ تفريق الصفقة ، ولو جمع الرجل في صفقة واحدة بين عبد يملكه ، وعبدٍ مغصوب أو حُرٍّ ، وفسد العقد في المغصوب أو الحر ، ففي فساده في المملوك **قولان** ، فليكن الأمر كذلك في الطلاق .

فإن قلنا بصحة تفريق الصفقة ، فيصح الخلع متعلّقاً بالمسمىٰ في الطلاق المنجز . وإن حكمنا بالفساد لم يُرَدّ الطلاق ، ولـٰكن نحكم بفساد ما يقابله من المسمىٰ ، ثم نفرّع عليه أنا إذا صححناه ، فللمرأة الخيار ، بسبب تبعّض المقصود صحةً وفساداً . فإن أجازت ، فبكم تجيزه ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أنها تجيز بتمام المسمىٰ . **والثاني**

---

(١) في الأصل : بأثر .
(٢) (الواو) زيادة اقتضاها السياق .

ـ أنها تجيز بقسطٍ ، فيلزمها ثلثُ المسمىٰ ، والطلقات في حكم التوزيع متساويةٌ بلا خلاف بين **الأصحاب** . وإن فسخت ، ارتد البدل بجملته إليها ، وكان الرجوع إلىٰ مهر المثل في المذهب الظاهر/ . ش ٧٢

وكل ما ذكرناه تفريع علىٰ تصحيح تفريق الصفقة ، وإن أفسدناها ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل ، لا غير ، كما حكيناه عن الأولين .

وهـٰذا الترتيب حسن ، لم يتعرض **القفاليون** إليه ، ذكره **صاحب التقريب** ، وأورده **العراقيون** علىٰ هـٰذا الوجه .

فإن قيل : إذا [لم تصححوا][1] باب التفريق ، فهلا قلتم : إنا وإن أفسدنا الصفقة بسبب التفريق ، فلا يلزمها إلا قسط من المسمى ؟ قلنا : هـٰذا ليس بشيء ؛ فإنا إذا أفسدنا العقد ، ولزم الرجوع إلى المال ، فالوجه الرجوع إلىٰ قيمة ما فات على الزوج ، وقيمة مافات على الزوج مهر المثل ، ولو [عُدْنا][2] إلىٰ أعداد الطلقات والتوزيع عليها ، لكان هـٰذا حكماً بالصحة ، وقضاءً بثبوت المقابلة ، وهـٰذا ظاهر ، ولـٰكني لا أرى التبرّم بذكر الظواهر في الكتب المنعوتة بالإشكال .

فإن قيل : هل تتوجه طريقة **القفالين** بشيء ؟ قلنا : أجل ، وجهُهُ أن الطلاق الملتزمَ في حكم ما لم يحصل[3] ، ولا يقدّر مضموماً إلىٰ غيره ، حتىٰ يخرّجَ علىٰ قاعدة التفريق ، ولا وقع له إلا من جهة تنزيله فاسداً مفسداً .

٨٨٢٤ـ ومما يهجِس في القلب تقويةُ الصحة علىٰ **نص الشافعي** ؛ فإن المرأة لو سألت ثلاثاً وكان الزوج لا يملك إلا واحدةً ، فطلقها [تلك][4] الواحدة ، فإنه يملك تمام المسمىٰ من غير حكمٍ بتقسيطٍ ولا فسادٍ/ ؛ [نظراً][5] إلىٰ تحصيل الحرمة ي ٧٣

(١) في الأصل : إذا صححتم .
(٢) في الأصل : قدرنا .
(٣) عبارة الأصل : ما لم يحصل به ولا يقدر مضموماً .
(٤) مكان كلمة غير مقروءة .
(٥) في الأصل : ينظر .

الكبرىٰ ، فإذا كنا نُحبط أثر سؤالها في طلقتين ، ونصحح البدل المسمىٰ ونُثبته ، فإلغاءُ سؤالها التزامَ طلقتين أو تعليقَهما أولىٰ .

ويجب أن يخرّج علىٰ هـٰذا القياس ثبوتُ البدل المسمىٰ ، وإن أفسدنا البدلَ ، و[قلنا][1] : الرجوعُ إلىٰ مهر المثل ، اتجه ما [ذكره][2] في **شرح التلخيص** من الرجوع إلىٰ مهر المثل إذا سألت الطلاق [ثلاثاً][3] والزوج لا يملك إلا واحدة أو اثنتين . فليتأمل الناظر ذلك يرشُد .

٨٨٢٥ـ ومن بقية الكلام في المسألة أنا إذا جرينا علىٰ طريقة **المراوزة** ، ورأينا إفساد المسمىٰ والرجوعَ إلىٰ مهر المثل ، فلو نجّز الطلقة التي يملكها ، ولم يسعفها بالتزام طلقتين ، ولا بتعليقهما ، فكيف الوجه ؟ هـٰذا مُتَرَدَّدٌ ، فليتأمله الناظر ، فإن قلنا : لا أثر لإسعافه بذكر الالتزام والتعليق ، فكلاهما في حكم اللغو المطَّرح ، ويجب علىٰ مساقه إثبات البدل المسمىٰ على الصحة ؛ نظراً إلىٰ ما حصل من الحرمة الكبرىٰ .

وإن قلنا : لا بد[4] أن يذكر الزوجُ الالتزام أو [التعليق][5] ، فيجب أن يقال : إذا لم يفعل ، فتقع الطلقة الثالثة[6] [بلا عوض][7] ، وهـٰذا بعيد جداً . وإن قيل : يجب [بما][8] نجّز ثلثُ العوض ، فهـٰذا تصحيح [التفريق][9] وهو خوضٌ في طريق **صاحب التقريب** في تفريع التفريق ، إجازةً وفسخاً ، وصحة وفساداً .

٨٨٢٦ـ فإذاً اتجه في الصورتين/ المذكورتين في الفصل **ثلاثُ** طرق : **أحدها** ـ طريقة **التفريق** . ٧٣ ش

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : « ذكره » .
(٣) زيادة من المحقق .
(٤) في الأصل : ولا بدّ (بزيادة واو) .
(٥) في الأصل : تعلّق .
(٦) الثالثة : أي التي يملكها .
(٧) في الأصل : فلا عوض .
(٨) في الأصل : ما .
(٩) زيادة من المحقق .

والأخرىٰ ـ تصحيحُ المسمىٰ ، وإلغاءُ التعرض للزائد على الطلقة المملوكة ، والاكتفاءُ بتحصيل الحرمة ؛ تخريجاً على النص في أن الزوج إذا [كان][1] يملك واحدةً والتمست المرأة ثلاثاً ، فلا نظر إلى التماسها ، والتعويلُ علىٰ تحصيل الحرمة .

والطريقة الثالثة ـ لأصحاب القفال : وهي القطع بإفساد المسمىٰ ، وحملُ ما جاءت به علىٰ شرطٍ فاسد مفسد . وهـٰذه الطريقة هي التي تصح على السَّبْر .

والفصلُ بين ما نحن فيه وبين استدعائها ثلاثاً والزوج يملك واحدة أنها لم تُظهر مقصوداً مرتقباً ، وإنما طلبت أمراً ناجزاً ، ومقصودُها تحصيل الحرمة الكبرىٰ . وفي مسألتنا طلبت الحرمة الكبرىٰ ، ورامت وراءها أمراً مرتقباً معلقاً ، أو ملتزماً ، ففسد قصدُها ، وهو معقول ، وليس ما أبدته مما ينضم إلىٰ ما طلبته في الحال ، حتىٰ يلحق بالتفريق ، ولا وجه لإلغائها ، فكان مؤثراً في إفساد الصيغة .

ثم إذا ذكرت اشتراط الالتزام [أو][2] التعليق، فالوجه بعد المباحثات القطعُ بأنا لا نشترط أن يتلفظ بالتزام أو تعليق ؛ فإنهما فاسدان ، ولا معنىٰ لاشتراط الإتيان بالفاسد، وليس كما لو علق طلاقاً بأمر يفسد من جهتها ؛ فإنه لا بد لها من الإتيان به لتطلّق ؛ فإن تعليق الطلاق بما يفسد في نفسه صحيحٌ في ذاته ، فخرج [أنها][3]/ إذا اشترطت الالتزام أوالتعليق ، فطلقها الزوج الطلقة التي يملكها ، كفىٰ ذلك والرجوع إلىٰ مهر المثل . ي ٧٤

فَصْلٌ

قال : « ولو خالعها علىٰ أن تكفل ولده عشر سنين . . . إلىٰ آخره »[4] .

٨٨٢٧ـ هـٰذه المسألة عدها بعضُ الناس من مُعْوِصات الخلع ، وليست منها ، وهي في التحقيق متلطفة[5] في الكتاب ، وفي مثلها أوثر قبضَ الخُطَىٰ في البيان ، والإحالةَ

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : والتعليق .
(٣) في الأصل : منها .
(٤) ر . المختصر : ٤/ ٥٩ـ٦٠ .
(٥) كذا : وربما كان صوابها (متطفلة) .

على الأصول ، وهي في التحقيق مبنية على الاستئجار على الإرضاع والحضانة ، وأن الصفقة إذا جمعت عقدين مختلفي الحكم كالبيع والإجارة ، ففي صحة الصفقة خلاف .

ومما يجرىٰ في أركان المسألة أن السَّلم في شيء واحد إلىٰ [آجال][(١)] هل يجوز ؟ وفيه **قولان** . وكذلك السلم في أصنافٍ إلىٰ أجل واحد فيه **قولان** ؟ وجملة هـٰذه الأصول سبقت مقررة في مواضعها ، ونحن نكتفي بالإحالة عليها إذا تعلقت أطراف الكلام بها .

٨٨٢٨ـ ومما يجرىٰ في المسألة [أن][(٢)] من استأجر امرأة لترضع له مولوداً عيَّنه ، فلو مات ذلك المولود في أثناء مدة الرضاع ، فهل تنفسخ الإجارة ؟ فيه نظر . فإن كانت أجنبية منه ، ففي فسخ الإجارة [واستبقائها][(٣)] ، وجواز الإتيان بولد آخر تفصيلٌ طويل ، ذكرته في أول كتاب الصداق ، فيه إذا استأجر رجل خياطاً حتى/ يخيط له ثوباً معيناً ، أو حتىٰ يعلّم له صبياً ، فإذا فات المحل الذي تضمنت الإجارة إيقاعَ العمل فيه ، ففي انفساخ الإجارة الخلاف المقدم . فإن حكمنا بأن الإجارة تنفسخ لفوات المحل الذي تقع فيه ، فلا كلام . وإن حكمنا بأن الإجارة لا تنفسخ ، فلو كانت المستأجرة أمَّ الرضيع ، فإذا مات الرضيع ، ففي انفساخ الإجارة **قولان** : **أحدهما** ـ وهو الأقيس أنها لا تنفسخ ، كما لو كانت أجنبية من الرضيع .

٧٤ ش

والثاني ـ أنها تنفسخ ؛ فإن الغرض يختلف في درور اللبن [ونكادته][(٤)] وكل ذلك

---

(١) في الأصل : إلى الأجل . وهو خطأ واضح ؛ فإن ذلك ليس محل خلاف . وإنما الكلام في إطعام الطفل إلىٰ سنوات أي آجالٍ . وعبارة العز بن عبد السلام : « وأسلم في جنسين إلىٰ أجل وأجناسٍ إلىٰ آجال » . (ر . مختصر النهاية : ٤/ ١٢٢) وعبارة الرافعي عن الصورة « تتضمن عقدين مختلفين ؛ فإن السبيل في الإرضاع والحضانة سبيلُ الإجارة ، وفي الطعام والإدام سبيل السلم ، وأيضاً فإنه يتضمن السلم في أجناسٍ مختلفة إلىٰ أجل ، والسلم في جنسٍ واحد إلىٰ آجالٍ متعاقبة » (ر . الشرح الكبير : ٨/ ٤٣٠) .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : واستيقافها .

(٤) في الأصل : ونكاته . وقوله : « ونكادته » أي قلته ، من قولهم نكِد ماء البئر (بكسر ثانيه) :

=

مستقصىً في موضعه . وسيأتي قواعد في الاستئجار على الإرضاع في كتاب الرضاع مشتملة علىٰ ما ذكرناه .

ويتصل بالمسألة الكلامُ في بدل الخلع إن أفسدناه أو صححناه ، ويتصل الكلام بالتبعيض إذا جرى الاستيفاء في البعض ، وعَسُر استيفاء الباقي . فهٰذه الأصول إذا كانت علىٰ ذُكر الإنسان لم يخف عليه تفريع المسألة .

٨٨٢٩ـ وصورة مسألة الكتاب أن يخالع الرجل امرأته علىٰ أن ترضعَ ولده ، وتكفله عشر سنين ، [ويذكر][(١)] الإرضاعَ والحضانةَ ، وقد نقول : الإرضاع يكفي ؛ فإنه يستتبع الحضانة ، ويذكرَ أجناس الأطعمة في كل يوم قدراً وصنفاً ، ويتعرضَ [للكسوة][(٢)] إن كانت مقصودة في المعاملة ، ويعتني بالإبانة فيها ؛ فإنها تختلف بالصغر والكبر/ ، والصبي إلى النمو ما هو . ي ٧٥

هٰذه صورة المسألة ، **والشافعي** نص علىٰ تصحيح المعاملة [تفريعاً][(٣)] علىٰ تصحيح الصفقة إذا اشتملت علىٰ عقود مختلفة ؛ إذ في المعاملة إجارةٌ واستحقاقُ عينٍ ، وأجناسٌ موصوفة إلىٰ أجل واحدٍ في كل يوم ، وجنسٌ إلىٰ آجال ، ولا حاجة إلى الإطناب . ثم إن كان الطعام كِفافاً ، فلا كلام ، وإن كان المقدّر فاضلاً عن الكفاية ، فهو للزوج . وإن كان الصبي [رغيباً][(٤)] ، لا يكفيه المقدّر ، فالمزيد على الأب إن لم يكن الطفل [غنياً][(٥)] .

وإن ماتت المرأة وراء مدة الإرضاع ، فلم يبق عليها عمل ، فالأعواض المؤجلة عليها تحل بموتها ، وإن كان عليها عمل ، فالإجارة تنفسخ في بقية المدة ، ولا تنفسخ

= أي قل ماؤه ، والناكد الدابة قليلة اللبن . (المعجم) .

(١) في الأصل : وذكر .

(٢) في الأصل : « البنوّة » .

(٣) في الأصل : تفرعاً .

(٤) في الأصل : غريباً . « ورغيباً » : أي نهماً كثير الأكل ، من قولهم رغُب فلان : اشتد نهمه وكثر أكله ، فهو رغيب ورغِّيب . (المعجم) .

(٥) في الأصل : « رغيباً » وهو تصحيف ، والمعنىٰ : إن لم يكن الطفل غنياً ، فالزيادةُ على الأب .

فيما مضىٰ على الأصح ؛ فإن المقبوض التالف[1] لا يقبل الفسخ على الظاهر . وإن حكمنا بالانفساخ في المستقبل ، فلا تنفسخ المعاملة في الأعيان على الأصح وإن اتحدت الصفقة ، لاختلاف الصنف والحكم والمقصود .

ثم يتفرع وراء ذلك الكلامُ في أن بعض العوض إذا انفسخت المعاملة فيه ، فالرجوع إلىٰ قيمته ، أو إلىٰ قسط من مهر المثل . كل ذلك بيّنٌ ، لا حاجة إلى الإطناب بذكره . ومن لا يستفيد الاستقلالَ بتفريع مثل ذلك [إذا انتهىٰ][2] إلىٰ هـٰذا المنتهىٰ ، فليس من أهل النظر في هـٰذا المجموع .

٨٨٣٠ـ وما ذكرناه مرامزُ مفرّعةٌ على/ تصحيح المعاملة ، فإن أفسدت[3] ففي المسألة **طريقان** : **أحدهما** ـ أن المسألة تخرّج علىٰ **قولين** في أن الرجوع إلىٰ مهر المثل أو إلىٰ أبدال هـٰذه الأشياء مِثلاً أو قيمةً . ومن **أصحابنا** من قال : الرجوع إلىٰ مهر المثل قولاً واحداً ؛ فإن الفساد راجعٌ إلىٰ صيغة المعاملة . ولو كنا نجوّز الرجوع إلى الأبدال المختلفة ، لأثبتنا المبدلات المختلفة . وهـٰذا سيأتي مشروحاً في الفصل الذي نجمع فيه تفصيلَ القول في فساد بدل الخلع ـ إن شاء الله عز وجل .

٧٥ ش

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : أمرك بيدك فطلقي نفسك إن ضمنتِ لي ألف درهم . . . إلىٰ آخره »[4] .

٨٨٣١ـ وإذا قال الرجل لامرأته : طلقي نفسك ، فهـٰذا توكيل منه إياها أو تمليك ؟ في المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه توكيل ؛ فعلىٰ هـٰذا إن طلقت نفسها على الفور ، جاز . وإن طلقت نفسها بعد زمان ، وبعد مفارقة المكان الذي جرى التفويض فيه ،

---

(١) المقبوض التالف : التالف هنا بمعنى المستهلك ، أي المنفعة التي استهلكت وأتلفت في مدة الإجارة التي مضت قبل موتها .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : أفسد .

(٤) ر . المختصر : ٤/ ٦٠ .

جاز ، وكانت بمثابة الأجنبي يقول له الزوج : طلق زوجتي ؛ [فإن][١] ذلك تفويض لا يستدعي استعقاب تنفيذ الطلاق .

والقول الثاني ـ أن التفويض إلى المرأة تمليك ، وليس بتوكيل ؛ فإن البضع يرجع إليها . بتطليقها نفسها تصير مالكةً لنفسها ، وسيأتي القولان بتوجيههما وتفريعهما في كتاب الطلاق ، إن شاء الله تعالىٰ/ . ي ٧٦

٨٨٣٢ـ وقدر غرضنا منهما الآن أنا إن جعلنا ذلك تمليكاً ، اقتضىٰ ذلك استعقابَ تطليق نفسها ؛ فإن التمليك يجري مجرى المعاقدة ، علىٰ ما سيأتي ذكره مشروحاً ، إن شاء الله تعالىٰ .

ثم إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، فإذا ضمنتْ ، طُلّقت . وإذا قال لها : طلّقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، فإنها تملك تطليق نفسها بشرط أن تضمن ألفاً ، فإذا ضمنت [وطَلَّقَتْ][٢] فقد تعاطت الشرطَ والمشروطَ ، وكل ذلك مسوّغ في اتساع باب تعليق الطلاق بإعطاء المال ، [واتساع][٣] صدره لقبوله ؛ [فلم يَخْفَ][٤] بعده اتباع التعليق ، فإن قيل : هي المتسببة إلى السبب الملزم للمال ، وهي الملتزمة ؟ قلنا : الالتزام بالضمان في التطليق يقع بإيقاع الزوج ، أو بإيقاع من يفوِّض إليه الزوج .

ثم [لو][٥] قال لها : طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، ورأينا أن تفويض الطلاق بمجرده يقتضي استعجالَ التطليق ، فإذا ضمّ إلىٰ تفويض الطلاق شرط ضمان المال ، تأكد اشتراط الابتدار .

وإن قلنا : مجرد التفويض لا يوجب الابتدار ، فإذا قال لها : طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، فالأصح أن هـٰذه الصورة تقتضي الابتدار في الضمان والتطليق ؛ فإنه

---

(١) في الأصل : كان .
(٢) في الأصل : تطلّقت .
(٣) في الأصل : واتسع .
(٤) في الأصل : لم يخف .
(٥) زيادة اقتضاها السياق .

لو قال لها : إن ضمنت لي ألفاً ، اقتضىٰ ذلك بداراً ، فليكن الأمر كذلك والطلاق مفوض/ . ٧٧ ش

ومن أصحابنا من قال : إذا جعلنا التفويض توكيلاً ، وهو على التراخي ، ثم ما فيه من اقتضاء التراخي يستتبع أمر المال في معنى التأخير ، فمهما ضمنت ملكت أن تطلق نفسها بحكم التوكيل ، وهو كما لو قال الرجل لأجنبي : طلق امرأتي إن ضمنت لي ألف درهم ، فهـٰذا محمول على التأخير ؛ إذ قد يجري مثل هـٰذا في [غيبتها][1] .

والآن يتعلق هـٰذا الكلام بأطراف التوكيل في الخلع ، وسيأتي مستقصىً في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

٨٨٣٣ـ ثم إذا قلنا : تطليقها وضمانها على الفور ، فإليها التقديم والتأخير ، وليكن الأمران جميعاً على التواصل ، فتقول : طلقت نفسي ، وضمنت ألفاً أو ضمنت ألفاً وطلقت نفسي ، ولا حرج فيما تُقدِّم أو تؤخر .

فإن قيل : إذا قالت : طلقت نفسي تحكمون بوقوع الطلاق ؟ قلنا : لا يقع الطلاق حتىٰ تضمن ، ولا نقول : إذا ضمنت ، تبيّنّا وقوعَ الطلاق قبل الضمان ؛ فتطليقها نفسها مع الضمان كتطليق الزوج إياها علىٰ شرط الضمان . ولا يتخيل الفقيه غير ذلك .

ولو قالت : ضمنت الألف ، وطلقت نفسي ، فلا نحكم بأن الضمان يُلزمها مالاً قبل أن تطلّق ، بل يقع [الاثنان معاً][2] .

ومما يتعلق بذلك أنا إذا قلنا : التفويض إليها توكيلٌ ، ولم نحكم بأن ذكر المال يقتضي فوراً ، فلو أخرت تفريعاً علىٰ هـٰذا الوجه ، فطلقت نفسها ، ثم ضمنت/ المال ٧٨ ي بعد زمان متخلل بين التطليق والضمان ، فلا ينفذ الطلاق ؛ فإنا وإن أخرنا تطليقها ، فلا فصل بين الطلاق والضمان ؛ فإنه لا يثبت واحد منهما دون الثاني . وكذلك لو قال : طلقي نفسك متىٰ ضمنت ، فقوله « متىٰ » يؤخر عن تفويضه لا عن تطليقها .

---

(١) في الأصل : « عينها » والمثبت بمساعدة ابن أبي عصرون .
(٢) في الأصل : الآن معاً .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : إن أعطيتني عبداً ، فأنت طالق . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٨٣٤ـ مضمون الفصل الكلام فيه إذا ربط الكلامَ بعوض مطلقٍ ، أو معين ، والقولُ في ذلك مضطربٌ في الطرق ، ونحن نرىٰ أن نجمع العوض في نوعين ، ونأتي في كل واحد منهما بالمسائل اللائقة مرسلةً ، ونذكر في كل مسألة ما بلغنا من قول **الأئمة** ، حتىٰ إذا استوعبنا مضمون كل نوعٍ بالمسائل ، انعطفنا بعدها علىٰ ذكر جامعٍ ضابطٍ إن شاء الله عز وجل ، ثم نختتم الفصلَ بعثراتٍ وقعت لا نعدُّها من المذهب ، ولا نرىٰ تَرْكَ نقلها .

٨٨٣٥ـ فأحدُ النوعين فيه إذا علّق الزوج الطلاق علىٰ عوض يحصل بفعلٍ ، مثل أن يقول : إن أعطيتني .

والثاني فيه إذا جرى العوض علىٰ صيغةِ المخالعةِ والمعاوضة من غير تعليق من الزوج ، وهـٰذا النوع يستدعي قبولاً ، لا محالة ، كما بان فيما تقدم ، وسيزداد وضوحاً .

ش ٧٨ **٨٨٣٦ـ** فأما مسائل/ التعليق ، فإذا قال لامرأته : إن أعطيتني عبداً ، فأنت طالق ، فإذا جاءت بعبدٍ يتصوّر إجراء التمليك فيه من جهتها ، نحكم بوقوع الطلاق لوجود الصفة ، ولا فرق بين أن يكون ذلك العبد معيباً ، أو سليماً ؛ فإن التعويل في الحكم بوقوع الطلاق علىٰ تحقيق الاسم ، وإمكان الإعطاء ، وهـٰذا ناشىء من الأصل الذي تمهد قبلُ في أن الرجل إذا قال لها : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، فإذا أعطته ، طُلِّقت ، وقد تملّك الزوج عينَ ما تأتي به ، إذا كان الألف معلوماً ، علىٰ ما تقدم تفصيله وإيضاحه .

وقد يقتضي الحال ردَّ ما جاءت به ومطالبتَها بألفٍ [غيرِها][(٢)] علىٰ ما تفصّل ، فإذا

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٦٠ .

(٢) زيادة من المحقق .

جرى التعليق على العبد المطلق ، فهـٰذا مجهولٌ لا محالة ، والمجهول لا يُستحق عوضاً ، فيقع الطلاق إذاً ، [والعبد][(١)] مردودٌ عليها ، ثم الرجوع إلىٰ مهر المثل في هـٰذه الصورة قولاً واحداً ؛ فإنا إذا لم نثبت الشيء عوضاً لكونه مجهولاً ، فلا طريق إلا الرجوع إلىٰ مهر المثل .

٨٨٣٧ـ هـٰذا إذا أتت بعبدٍ هي مالكته ، ويتصور منها إجراء التمليك فيه ، فإن غصبت عبداً وجاءت به ، فقد ذكر **الأئمة وجهين في وقوع الطلاق** : **أحدهما** ـ وهو الذي مال إليه **المحققون** ، وقطع به معظمهم ، منهم **القاضي** ـ أن الطلاق لا يقع ؛ فإن الإعطاء متضمنه التمليك ، فينبغي أن تأتي بما يتصور منها/ التمليك فيه ، حتىٰ إن فرض عدم جريان الملك فيه ، فلا يكون من جهتها ، وإنما يأتي تعذُّر جريان الملك ، من جهةٍ أخرىٰ ، فتُسمَّىٰ مُعْطية ؛ من حيث بذلت الوسع والإمكان الصادر منها ، فعند ذلك تسمىٰ مُعطية ، والذي يُحقِّق هـٰذا أن الرجل قد يقول : أعطيت فلاناً شيئاً ، فلم يقبله ، فإذا أتىٰ بمغصوبٍ ، وقال : قد أعطيت فلاناً ، فلم يقبل ، كان كلامه مضطرباً ، ورُدّ عليه : وكيف أعطيتَه ، ولم يكن لك ؟

٧٩ ي

فهـٰذا بيان هـٰذا الوجه .

والوجه الثاني ـ أن الطلاق يقع ؛ فإنها لو أتت بعبدٍ مملوك لها ، وصيغة التعليق ما وصفناه ، وهو قوله : إن أعطيتِني عبداً ، فالزوج لا يملك عبدها المملوك لها ، فإذا كان هـٰذا لا يُفضي إلىٰ جريان الملك فيما تأتي به ، فلا معنىٰ لاشتراط كونه مملوكاً لها ، بل يكفي أن يكون عبداً يُتصور فيه على الجملة إجراء الملك ، حتىٰ لو [أتت بحُرٍّ][(٢)] ، لم نقضِ بوقوع الطلاق ؛ من جهة أنها لم تأت بعبدٍ .

والذي أراه من متن المذهب الوجهُ الأول ، ولا ينبغي أن يغتر الناظر بما ذكرناه في الوجه الثاني ؛ فإن اللائق بعقد الخلع ذلك الوجه .

---

(١) في الأصل : فالعبد .

(٢) عبارة الأصل : « حتىٰ لو أبت لم نقض بوقوع الطلاق » والتصويب والزيادة من عمل المحقق ، بناءً على المعنى المفهوم من عبارة ابن أبي عصرون .

٨٨٣٨ـ ثم فرع **القاضي** علىٰ ذلك الوجه ، فقال : إن قال : إن أعطيتني زقَّ خمر ، فأنت طالق ، فجاءت بخمرة محترمة مستحَقَّة لغيرها ، فهل يقع الطلاق ؟ ذكر فيه/ ش ٧٩ تردداً ، فشبه الخمر في وجهٍ بالعبد المغصوب ، وقطعها عن العبد في وجهٍ ؛ من حيث لا يتصور في جنسها جريان الملك ، وقال في توجيه المسلك الأول : الاختصاص في الخمر [ليس][1] في حكم الإطلاق إلىٰ إمكان الإعطاء والبذل ، وإن كان ذلك الجنس لا يقبل نقل الملك . فهـٰذا منتهىٰ تصرف **الأئمة** فيه .

٨٨٣٩ـ [وإذا عين الزوج عبداً][2] ، وعلق الطلاق بإعطائها ، وقال : إن أعطيتِني هـٰذا العبد ، فأنت طالق ، فإن كان العبد ملكَها وأعطته إياه ، وقع الطلاق ، وملك الزوج العبد ؛ فإن التعيين أعلمه .

ولو خرج ذلك العبد مستحقاً ، فقد خرّج **العراقيون وجهين في وقوع الطلاق** : **أحدهما** ـ أن الطلاق لا يقع ، وهو اختيار **ابن أبي هريرة** ؛ لأنه علق الطلاق بإعطاء ذلك العبدِ المعيّنِ ، والإعطاء تمليك ، فإذا كنا لا [نوقع][3] الطلاق والعبد المذكور في الإعطاء مطلق إذا جاءت به مغصوباً ، وإن كان العبد المطلق لا يتصور أن يملّك علىٰ هـٰذه الجهة ، فإذا اتجه اشتراط إمكان الإعطاءِ والتمليكِ ثَمَّ ، فاتجاه ذلك في العبد المعيّنِ أولىٰ ، مع العلم بأنه لو كان مملوكاً لها ، وأتت به ، لملكه الزوج . وهـٰذا متجه حسن .

والوجه الثاني ـ أن الطلاق يقع ، وهو الذي قطع به **القاضي** ؛ لأن الإعطاء جرىٰ ظاهراً ، والفرقة لا/ تُرد ، ثم ذكر **القاضي** أن الفرقة بينونة [مع ردّ][4] العبد ، والأمر ي ٨٠ علىٰ ما قال ، فإنها إن وقعت ، فلا سبيل إلىٰ تقديرها إلا بمال ، والفرقة الواقعة بالمال بينونة .

---

(١) في الأصل : يسر .
(٢) في الأصل : إذا كان الزوج عبداً .
(٣) في الأصل : نرفع .
(٤) زيادة من المحقق ، علىٰ ضوء السياق ، لا يتم الكلام إلا بها أو بمثلها .

ثم الرجوع إلىٰ قيمة العبد المعيّن أو إلىٰ مهر المثل ؟ فعلىٰ قولين معروفين في بدل الخلع والصداق .

وإن قال الزوج : إن أعطيتني هـٰذا العبدَ المغصوب ، فأنت طالق . هـٰذا يفرّع علىٰ ما إذا لم يذكر المغصوب واقتصر علىٰ إعطاء العبد المعيّن . فإن قلنا : يقع الطلاق في الصورة الأولىٰ ، فلأن يقع في هـٰذه الصورة أولىٰ ؛ فإنه إذا ذكر المغصوب أشعر بقناعته بإقباضها إياه هـٰذا العبد ، وإن لم يكن ملكاً لها ، فيصير الإعطاء مع ذكر المغصوب دالاً علىٰ أنه ليس يبغي التمليك .

وإن قلنا في الصورة الأولىٰ : إن الطلاق لا يقع ، ففي هـٰذه الصورة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يقع ؛ فإن الإعطاء في المغصوب غيرُ ممكن ، فإذا ذكر الإعطاء وأضافه إلى المغصوب ، فقد علّق الطلاق بمستحيل ، فكان كما لو قال لامرأته : إن بعت الخمر ، فأنت طالق ، أو قال : إن صليتِ محدِثةً ؛ فأنت طالق ، فإذا أتت بصورة البيع في الخمر ، وبصورة الصلاة مع الحدث ، لم يقع الطلاق علىٰ مذهب **الشافعي** . **والمزنيُّ** يخالف في هـٰذا .

ونحن لا نجد بداً من رمزٍ إلى المذاهب في ذلك .

٨٨٤٠ـ [فإذا][1] عقد الرجل يمينه على البيع المطلق ، لم يحنث بالبيع الفاسد ، هـٰذا ظاهر المذهب ، **وللشافعي** نصٌّ في النكاح دالٌّ علىٰ أن الفاسد/ يدخل تحت الاسم المطلق الواقع على الجنس ؛ فإنه قال : « لو أذن لعبده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ، وأصاب ، فالمهر يتعلق بكسبه » . ولا يُتصوّر أن يتعلق بكسب العبد إلا دينٌ رتب علىٰ إذن السيد ، وهـٰذا وإن لم يكن منه بدٌّ ، فهو ضعيف . ٨٠ ش

فأما إذا علق اليمين على الامتناع عن بيعٍ فاسد ، مثل أن يقول : والله لا أبيع الخمر ، فإذا باعها ، فمذهب **المزني** أنه [يحنث][2] ، وقد اشتهر من طائفة من

---

(١) في الأصل : وإذا .

(٢) في الأصل : يذهب . (وهو سبق قلم) ثم الذي في (صفوة المذهب) عكس هـٰذا ، ونصه : « ولو قال : والله لا أبيع الخمرَ ، فباعه ، لم يحنث عند المزني ، وإليه ذهب الجمهور ، ودل عليه النص » .

الأصحاب موافقتُه . والذي ذهب إليه الجمهور ، ودل عليه النص أنه لا يحنث . وهـٰذا فيه إذا أطلق اللفظ . فأما إذا قال : عنيت بيميني أني لا أقول : بعت هـٰذه الخمرة ، فيحنث إذا قالها . وسيأتي تفصيل هـٰذا في الأَيْمان ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قلنا : لا يقع الطلاق[1] ، فلا كلام . وإن قلنا : يقع الطلاق ، فالذي ذكره **القاضي والصيدلاني** أن الرجوع إلىٰ مهر المثل قولاً واحداً في هـٰذه الصورة ، لأنه لما قال : إن أعطيتني هـٰذا المغصوب ، فلفظه فاسد ، وقد ذكرنا هـٰذا الفن في كتاب الصداق ، وأوضحنا ما فيه من مستدرك [وحكينا][2] عن **الأئمة** قولين في أن الرجوع إلى القيمة أو إلىٰ مهر المثل .

وذكر **القاضي** في بعض أجوبته أن الطلاق يقع رجعياً ؛ لأنه قَنِع بهـٰذا ، وطرد هـٰذا فيه إذا قال : إن أعطيتني خمراً ، أو هـٰذه الخمرة ، فأنت طالق . قال : من **أصحابنا** من قال : يقع الطلاق رجعياً ، وهـٰذا متجه في/ القياس . ي ٨١

[وهو][3] في نهاية البعد في الحكاية ، ولا يقبل مثله إلا من مثل **القاضي** .

وإذا قال : [إن أعطيتني ميتة ، كان كما إذا قال :][4] إن أعطيتني خمراً ، أجمع **الأئمة** عليه . وهـٰذا لإمكان الانتفاع بالميتة في وقت الضرورة ، أو بأن تجعل طعمة للكلاب والجوارح ، أو بأن تعتقد مطلوبة في بعض الملل كالخمر .

٨٨٤١ـ ولو قال : إن أعطيتني هـٰذا الحرَّ ، فالكلام في وقوع الطلاق كما مضىٰ . وإذا حكمنا بالوقوع ، فالأظهر أن الطلاق رجعيٌّ ، ومن **أصحابنا** من أثبت البينونة والمالية ، ثم يعود التردد في أنا نخرّج القولين ، أو نقطع بالرجوع إلىٰ مهر المثل .

---

(١) عودٌ إلىٰ ذكر الوجهين فيما إذا عين عبداً مغصوباً ، وقال : إن أعطيتني هـٰذا العبد المغصوب .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في الأصل : وهـٰذا .
(٤) المثبت تصرّف في العبارة بالزيادة من المحقق ، علىٰ ضوء المعنىٰ ، وأخذاً من عبارة العز بن عبد السلام ، إذ قال : « والتعليق بإعطائه الميتة كالتعليق بإعطاء الخمر اتفاقاً ؛ للانتفاع بها في الضرورات ، وإطعام الجوارح » . (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج٣ ورقة ١٢٣ش) .

هـٰذا ما أردناه في أحد النوعين الموعودين ، وهو ربط الطلاق علىٰ صيغة التعليق بإعطاء العوض .

٨٨٤٢ـ فأما الكلام في المخالعة وإجراء الإيجاب والقبول من غير تعليق ، فإذا قال الزوج : خالعتك علىٰ عبدٍ ، فالطلاق يقع بقبولها ، ولا حاجة إلى الإتيان بالعبد ، والتقدير خالعتك على التزام العبد . ثم إذا قبلت ، وكانت عبارتها صحيحة ، وكانت من أهل الالتزام أيضاً ، فيقع الطلاق بقبولها ، ويلزمها مهر المثل ، إذا[١] العبد مجهول .

وإن كانت صحيحة العبارة ، ولم تكن من أهل الالتزام ، فالذي وجدت [الطرق متفقة][٢] عليه أن الطلاق يقع رجعياً بقبولها ، ولا مال .

والمذهب الذي عليه التعويل أنه لو قال لزوجته الصبية : أنت طالق/ علىٰ ألف ، فقالت : قبلت [لم][٣] يقع الطلاق ؛ إذ لا قول لها ، وهي مسلوبة العبارة . ومن **أصحابنا** من خرج هـٰذا علىٰ خلافٍ سيأتي ذكره ـ إن شاء الله عز وجل ـ في أن الرجل إذا قال لزوجته الصبية : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئت ، فهل نحكم بوقوع الطلاق ؟ فقال هـٰذا المفرّع : إذا حكمنا بوقوع الطلاق بلفظها في المشيئة فنحكم أيضاً بوقوع الطلاق بلفظها في قبول العوض . وهـٰذا وإن كان له اتجاه ، فهو بعيد ؛ فإن ألفاظ العقود مستلبة علىٰ أصل **الشافعي** من الصبي والصبية ، ولا يطرد سلب قولها في غير العقود .

٨١ ش

٨٨٤٣ـ ولو خالع الرجل علىٰ معين وجرى القبولُ ممن هو من أهله ، ثم خرج ذلك المعيّن مستحقاً ، فلا خلاف في وقوع الطلاق ، وليس كما لو علّق الطلاق بإعطائه ، فخرج مغصوباً ؛ فإن التعويل علىٰ صيغة المخالعة في وقوع الطلاق ، على الإيجاب والقبول . ثم إن صح المسمىٰ سُلِّم ، وإن فسد وأمكن إثبات المالية ، وقعت البينونة ،

---

(١) إذا : بمعنىٰ إذ .
(٢) في الأصل : الطريق عليه .
(٣) في الأصل : فلم .

وفي المال الذي يثبتُ التفصيلُ المشهور . وإن عسر إثبات [المالية][(١)] ؛ بأن تكون المختلعة سفيهة ، أو رجعية ، وقلنا : لا تخالع الرجعية ـ فالطلاق يقع لصورة الإيجاب والقبول ، ثم يكون رجعياً .

هٰذا وضع الباب في ذلك . والأصل مطرد ، لا اضطراب فيه إلا عن جهة أصلٍ لا نجد/ بدأ عن ذكره مقصوداً ثم إذا ذكرناه ونقلنا ما فيه ، نبهنا علىٰ مخالفته الأصلَ الذي مهدناه في النوع الثاني ، ثم ننظر فيما ينقدح في المباحثات . ي ٨٢

٨٨٤٤ـ ونبتدىء فنقول : إذا [جاء أبُ][(٢)] الصبية إلىٰ زوجها وقال : خالعها بهٰذا ، وأشار إلىٰ عبد هو ملك الأب ، فإذا خالعها الزوج علىٰ ذلك العبد ، صح الخلع ، واستحق الزوج ذلك العبد . ولو جاء أجنبي واختلعها عن زوجها بمالٍ يبذله ، [فالخلع][(٣)] صحيح ، علىٰ ما مضىٰ ذلك في صدر الكتاب .

ولو جاء الأبُ بعبدٍ من مال ابنته ، واختلعها عن زوجها به ، وظن الزوج أنه مِلْك الأب ، فالبينونة تقع ، والرجوع على الأب بقيمة ذلك العبد المعين أو بمهر المثل ؟ فعلىٰ قولين .

ولو قال الأب : هٰذا عبدها وقد اختلعتها به ، فقال الزوج : خالعتها به ، فالذي أطلقه **الأصحاب** أن الطلاق يقع رجعياً . أما الوقوع ، فسببه ثبوت الإيجاب والقبول ، [وأما][(٤)] سقوط المالية ، فسببه أن الأب أضاف العبد إلىٰ ملكها ، وفي ذلك قطع طمعه عنه ، فكانت هٰذه مخالعة لا مالية فيها ، ووقوع الطلاق بعد الإيجاب والقبول بمثابة مخالعة المحجورة ؛ فإنّ تعذر استحقاق عبد الصبية بمثابة تعذر التزام ذمة المحجورة مالاً .

هٰذا ما ذكره **الأصحاب**/ . ش ٨٢

وقالوا : لو لم يُضِف العبدَ إلىٰ ملك الزوجة ، وورد الخلع عليه مطلقاً ، وكان

---

(١) في الأصل : الملك .
(٢) في الأصل : إذا جاءت .
(٣) في الأصل : والخلع .
(٤) في الأصل : وإنما .

الزوج عالماً بأنه ملك الزوجة ، ففي المسألة **وجهان** : [أحدهما ـ][(١)] أن الطلاق يقع رجعياً ، كما لو أضيف العبد إلىٰ ملكها لفظاً ، وكان علمه بكون العبد ملكاً لها بمثابة إضافة العبد إلىٰ ملكها .

والوجه الثاني ـ أن الفرقة بينونة ، ويرجع الزوج [علىٰ][(٢)] الأب بقيمة العبد ، أو مهر مثل الزوجة .

هـٰذا ما نقله **الأصحاب** ، وقالوا علىٰ معارضته : إذا قال الرجل لامرأته : خالعتك علىٰ هـٰذا العبد المغصوب ، فقالت : اختلعت ، وقعت الفرقة بائنةً ، وفيما يرجع [به][(٣)] الزوج علىٰ زوجته **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يرجع عليها بقيمة العبد المعين .

والثاني ـ أنه يرجع عليها بمهر مثلها ، وليس يخفىٰ أن هـٰذه المسألة في ظاهرها تخالف مسألة اختلاع الأب مع إضافة [العوض][(٤)] إلىٰ ملك الصبية ، وذلك أن الإضافة إلىٰ ملكها بمثابة إضافة العبد المغصوب في المسألة الأخرىٰ إلىٰ ملك المغصوب منه ، واعترف كل من نحا نحو **الغوّاصين** ولم يرض بالاختصار على الظواهر أن الفرق بين المسألتين عسر ؛ فإن الأب من أهل الاختلاع استقلالاً ، كما أن المرأة تختلع نفسها ، وفي العبد المضاف إلىٰ ملكها مالية ، والعصاة يتنافسون على الأموال المغصوبة/ ، ٨٣ ي كما يتنافس أصحاب الخمور في الخمور ، وإن لم تكن متمولة .

٨٨٤٥ ـ ثم أتىٰ **بعض النقلة عن القاضي** بما لا أوثر نقلَه [والاحتفالَ][(٥)] به . والذي يتعين نقلُه أن كثيراً من **أئمتنا** صار إلىٰ أن المخالع على العبد المغصوب لا يستحق مالاً ، ويقع الطلاق رجعياً ، كما ذكرناه في اختلاع الأب ابنته بعبد يضيفه إلىٰ ملكها ، ثم طرد [هـٰذا][(٦)] في المخالعة على الخمر ، وقضىٰ بأن الرجل إذا قال لامرأته :

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) في الأصل : إلىٰ .
(٣) زيادة اقتضاها السياق .
(٤) في الأصل : الغرض .
(٥) في الأصل : والاحتمال .
(٦) في الأصل : هـٰؤلاء .

خالعتك علىٰ هـٰذه الخمرة ، أو علىٰ هـٰذا [الخنزير][(١)] ، أو علىٰ هـٰذه الميتة ، وقالت : قبلت ، قُضي بوقوع الطلاق رجعياً .

ولست أنكر إمكانَ توجيه هـٰذا ؛ فإن من يذكر الخمر لا يبغي غيرها ، وليست الخمر مالاً ، وليس الخنزير مالاً ، وليس يبعد عن قاعدة القياس إبطالُ المقصودِ الفاسد والاعتقاداتِ الحائدة عن موجب الشرع ، وبناءُ الأمر علىٰ حكم الدين ، وكذلك إذا جرى التصريح بذكر [الغصب][(٢)] .

ولـٰكن هـٰذا لا يوافق ظاهر المذهب ، ومقتضى النصوص . وإن عُدّ هـٰذا الذي ذكرناه قولاً ، فيجب لا محالة علىٰ مقتضاه أن نُخرِّج في هـٰذه المسألة ـ وهي مسألة الأب ـ قولاً آخر من ظاهر المذهب ، فكان يجري **قولان في المسألتين** : **أحدهما** ـ أن الطلاق [يقع][(٣)] رجعياً في هـٰذه المسائل ، سواء فرض من الأب في حقِ/ ابنته ، أو فرض بين الزوج وزوجته . ش ٨٣

هـٰذا لا بدّ منه علىٰ مقتضى الترتيب الذي ذكرناه .

٨٨٤٦ـ والذي أراه في هـٰذا المجال أن معظم الناظرين في هـٰذه المسائل المتعارضة ، لم يُنعموا النظرَ فيها ، ولم يجشّموا أنفسهم دَرْك معانيها ، والذي يجب القطع به أن مخالعة الزوج زوجته علىٰ مغصوبٍ مع التعرض لذكر الغصب ، أو علىٰ خمرٍ أو خنزير ، مع التعرض لذكرهما يوجب بينونةً وماليةً ، كما مهدنا [المذهب][(٤)] فيه .

فبقي لنا النظر في مسألة الأب ، وأنا أقول فيها : تلك المسألة مفروضةٌ فيه إذا كان يختلع الأبُ ابنته بحكم الولاية متصرفاً عنها ، [فذكره][(٥)] عبدَها مع إضافة الملك إليها مشعر بهـٰذا القصد ، وكل من يتصرف عن الغير فيضيف التصرف إليه ، فليس قبولُه

---

(١) مكان كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) .
(٢) في الأصل : الغصوب .
(٣) زيادة من المحقق .
(٤) في الأصل : بالمذهب .
(٥) في الأصل : وذكره .

التزاماً في حق نفسه ، وليس كالمرأة إذا التزمت الخمر ؛ فإنها قصدت خلعَ نفسها ، [وافتداءَها][(١)] بما تبذله من مالٍ أو شيء يُحصَّل في العرف بمال . وهـٰذا فرق ظاهر . وإذا كنا نقول : إذا خالع الرجل امرأته المحجورة لا تثبت المالية ؛ لأنها ليست من أهل الالتزام في حق نفسها ، فالأب ليس من أهل الالتزام في حق ابنته إذا كان يتصرف بحكم الولاية لها .

٨٤ ي ووراء ما ذكرناه سرٌّ ، لا اطّلاع عليه/ إلا عند نجاز الفصل ، وتمامُ الكلام أن الأب يُتصوّر أن يختلع ابنتَه اختلاعَ الأجنبي إياها ؛ فإن هو قصد أن يختلعها اختلاع الأجنبي لا علىٰ حكم الولاية ، فالاختلاع علىٰ هـٰذا القصد يُلزمُه الماليةَ ، حتىٰ لو اختلعها بعبد ابنته ، [وكان][(٢)] كما لو اختلعت المرأة نفسها بعبد مغصوب . وتمام البيان بين أيدينا بعدُ .

٨٨٤٧ـ وقدرُ غرضنا الآن التنبيهُ علىٰ مسلك الفرق على الجملة [فممّا][(٣)] نذكره وننقل ما فيه ، وإن أخر **الشافعي** ذكره أن الأب إذا قال لزوج ابنته : طلِّقْها وأنت بريء عن صداقها ، أو علىٰ أنك بريء عن صداقها ، فإذا طلقها الزوج بناءً علىٰ ما ذكره الأب ، فالذي صار إليه **جماهير الأصحاب** أن الطلاق [يقع][(٤)] رجعياً ، ولا شك أن هـٰذه المسألة تخرّج أولاً علىٰ أن الأب هل يملك الإبراءَ عن الصداق ، وقدمنا تفصيل ذلك في موضعه .

فإن رأينا للأب الإبراء ، فقد نقول : له أن يختلعها على البراءة من الصداق ، والزوج يبرأ . وهـٰذا مما قدمناه ، فلا عَوْدَ إليه ، والتفريع علىٰ أنه لا يملك الإبراء ، فعلىٰ هـٰذا لا يبرأ الزوج بسبب الاختلاع ، ويقع الطلاق رجعياً ، هـٰذا مقتضى النص ، وهو الذي ذهب إليه **جمهور الأصحاب** .

٨٤ ش وذكر **صاحب التقريب** وجهين في أن الطلاق هل يقع إذا/ حكمنا بأن البراءة

---

(١) في الأصل : واقتداها .
(٢) في الأصل : كان (بدون واو) .
(٣) في الأصل : مما .
(٤) زيادة اقتضاها السياق .

لا تحصل ، وقد ذكرهما بعض المصنفين ، ولا تعويل علىٰ ما ينفرد ذلك المصنف بنقله ؛ فإنه كثير العثرات غيرُ موثوق به ، ولـٰكني رأيت لصاحب التقريب وجهين في وقوع الطلاق ، ذكرهما ، وكررهما فنقلناهما علىٰ تحقيقٍ .

٨٨٤٨ـ ونحن الآن ـ بعون الله ـ نوضّح المسالك وننزل المسائل علىٰ مراتب ، ينجح الفقيه بها ، ويرتاح بذكرها ، [ولا تظن بعدها أن الشافعي في أسطر مقاربة بين كلام متهافت][1] .

فنقول : إذا خالع الرجل زوجته المبذرة ، فقبلت ، فهي صحيحة العبارة ، وقد وجد منها صيغة الالتزام على الصحة ، ولـٰكن قضى الشرعُ بأنه لا يلزمها شيء ؛ فاعتمدَ وقوعُ الطلاق صحةَ قبولها ، [ولم يلزم][2] المال ، ونتيجة هـٰذه الجملة وقوعُ الطلاق .

وإذا قال الأجنبي : وكّلتني فلانة بأن أختلعها بكذا ، فقال الزوج بانياً علىٰ ذلك : خالعتها بكذا ، فقال الوكيل : قبلت عنها ، وكان كاذباً في التوكيل ، لم يقع الطلاق ؛ لأن الأجنبي لم يضف إلىٰ نفسه ، ولم يصدُق في دعواه الوكالة ، فلم يعتمد الطلاقُ قبولاً صحيحاً .

وإذا اختلع الأب ابنته بحكم الولاية ، وأبان ذلك في صيغة لفظه ، فهـٰذا خارج عن ولايته ، ولـٰكنه أطلق الاختلاع ، ولم يضف لفظ الاختلاع إلى ابنته ، بل بناه علىٰ ولايته ، وهو ممن يتصور منه أن يخالع بنفسه مخالعة/ الأجنبي ، فتردد الأمر وتطرّق إليه إمكان المصير إلى الطلاق ، فلا يقع كما ذكرناه في مثله الأجنبي الآن ، وإن وقع فهـٰذا القبول أضعف من قبول المحجورة ، فقد بان وجه التردد في الوقوع ، وينبني عليه وجه سقوط المالية .

ي ٨٥

ونحن نقول الآن : إذا اختلع الأب ابنته بمال نفسه ، فهـٰذا محمول على اختلاع

---

(١) كذا . جاءت هـٰذه العبارة بين المعقفين بهـٰذا الرسم تماماً . ولا أدري موقعها ، ولا ما فيها من تصحيف ـ إن كان ـ أو نقص . والله أعلم ، والسياق متصل ومفهومٌ مع رفعها من البين ، كما فعل ابن أبي عصرون في مختصره ، إذ تركها كاملةً .

(٢) في الأصل : ومن لم يلزم .

الأجنبي ، وإن اختلعها بمالها ، وأضاف المال إلىٰ ملكها ، فهـٰذه المسألة التي ترددنا فيها وقوعاً أولاً ، ثم أوضحنا سقوط الماليّة . وإن قال الزوج : اختلعتَها عن نفسك اختلاع الأجنبي ، وبذلت مالَها بذلَ المغصوب ، ولـٰكن الاختلاع وقع مطلقاً ، فالظاهر في هـٰذا تصديق الأب ؛ فإنّ إضافة العوض إلىٰ مالها أصدقُ شاهد فيه .

ولم يبق في المسألة إلا نظرٌ واحد ، وهو أن **صاحب التقريب** ذكر الوجهين في وقوع الطلاق في البراءة عن المهر ، ولم يذكر ذلك الوجه في اختلاعه بعبدها ، والصحيحُ عندنا أنه لا فرق بين المسألتين إذا ظهر قصده التصرف عنها . وإن أردنا فرقاً ، فتنزيل الخلع على البراءة نصٌّ في التصرف عنها في ذلك العقد ، وتنزيله علىٰ عبدها قد يتأخر عن هـٰذا ، وفيما ذكرناه انتجاز المقصود بكماله .

٨٨٤٩ـ ووراء ذلك مسألة : وهي أن الأب إذا قال : خالعها ، وقد ضمنت لك براءتها عن مهرها ، **قال الأصحاب**/ في هـٰذه الصورة : المذهبُ وقوع الطلاق ، وإذا وقع الطلاق ، فهل يجب على الأب مال ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا يلزمه شيء كما لو قال : وأنت بريء أو علىٰ أنك بريء ؛ فإن البراءة لا يصح ضمانها بل لا ينتظم الضمان فيها . ٨٥ ش

والوجه الثاني ـ أن الغرم يتعلق بالأب في هـٰذه اللفظة ؛ فإنه أضاف الضمان لنفسه .

وذكر **بعض المحققين** وجهاً مفصلاً حسناً ، فقال : نراجعه فيما عنى الضمان ، فإن قال : أردت ضمان البراءة في عينها من غير مزيد ، لغا ضمانُه . وإن قال : أردت أنك إذا غرمت أو طالبت أديت عنك ، فهـٰذا التزام مالية ، فيجوز أن يقتضي ضمانَها .

وهـٰذه المسائل بجملتها فيما إذا جرت المخالعة إيجاباً وقبولاً ، واستدعاءً وإسعافاً . فأما إذا قال الزوج : إن برئتَ عن صداقها ، فهي طالق ، فلا شك أن الطلاق لا يقع إذا كانت البراءة لا تحصل .

٨٨٥٠ـ وقد حان أن نذكر ضابطاً على التحقيق ، فنقول : إذا جرى التخالع إيجاباً وقبولاً ، فالطلاق يعتمد صحةَ القبول ، ثم ثبوت المالية يعتمد كون القابل من أهل الالتزام ، وصحة العوض لا تخفىٰ جهاتها .

وإن تردد **الأصحاب** في وقوع الطلاق ، فليُطْلب ذلك من ضعف القبول ، وإن ترددوا في سقوط المالية مع وقوع الطلاق ، فذلك مأخوذ من صحة القبول ، وضعف الالتزام ، وإن كان لفظ الزوج مبنياً على التعليق ، مثل أن يقول : إن أعطيتِ/ ، فالطلاق يقع من تحقيق الصفة ، فإن كانت مقتضية تمليكاً ، فلا يتوقع فيها طلاق رجعي [وإذا][١] لم يكن التمليك ممكناً ، فإن الصفة معدومة . وأنا أقول : إذا قال للمحجورة : إذا أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فأعطته ، لم يقع شيء .

ي٨٦

فهٰذا تنزيل هٰذه المسائل علىٰ منازلها ، وتخريجها علىٰ أصولها [ما أمكن][٢] [وأملنا][٣] **ألاّ ينتهي إلىٰ هٰذا ناظرٌ إلا ترحم علىٰ جامعه**[٤] . **والله ولي الإجابة بمنّه ولطفه .**

فَصْلٌ

قال : « ولو خالعها بعبدٍ بعينه ، ثم أصاب به عيباً ، ردّه . . . إلىٰ آخره »[٥] .

٨٨٥١ـ بدل الخلع ينزل منزلة الصداق في كل تفصيل ويجري فيه القولان في أنه مضمون باليد أو بالعقد ، فبدل الخلع في يدها كالصداق في يد الزوج . ثم الكلام فيما إليه الرجوع كالكلام في الصداق ، بلا تباين ، ولا مزيد حرف . وقد تقصّينا القول في الصداق ، فلم أر لإعادة ما قدمته معنىٰ .

ومن جملة [ما نذكره][٦] هاهنا الردُّ بالعيب ، فإذا جرت المخالعة هاهنا علىٰ صيغة الإيجاب والقبول علىٰ عين مالٍ ، نفذت الفرقة ؛ تعويلاً على القبول ، فإذا وجد الزوجُ

---

(١) في الأصل : إذا (بدون واو) .

(٢) في الأصل : وأمكن .

(٣) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٤) رحم الله إمام الحرمين ، ورضي عنه ، وتقبل منا ومنه . هٰذا ، وقد استجاب ابن أبي عصرون للإمام ، فقال في مختصره : « والله يرحمه من جامع ». ويرجو العبد الفقير إلىٰ رحمة ربه محققه دعوة بخير من كل ناظرٍ فيه ، والله يتقبل ويعين ويغفر ويرحم .

(٥) ر . المختصر : ٤/ ٦١ .

(٦) في الأصل : ما ذكره .

بالعوض المعيّن عيباً ، مَلَك ردَّه ، كما تملك المرأة رد الصداق ، ثم القول فيما يرجع به الزوج عليها كالقول فيما ترجع [به][1] علىٰ الزوج في الصداق .

٨٨٥٢ـ ثم قال الشافعي : « ولو خلعها علىٰ ثوب علىٰ أنه مَرْوي ، فإذا هو/ هَرَوي . . . إلىٰ آخره »[2] . ٤٦ ش

يقول : إذا خالعها علىٰ ثوب هروي ، فالصورة في ذلك تختلف ، ونحن نُجري أمثلةً والخلعُ إيجاب وقبول ، ثم نذكر أمثلةً والخلعُ علىٰ صفة التعليق .

فأما إذا كان إيجاباً وقبولاً ، وفُرض اشتراط صفة في العوض [وقع][3] اختلافها ، فذلك ينقسم إلى العوض الموصوف في الذمة وإلى العوض المعيّن ؛ فإن كان موصوفاً في الذمة مثل [أن][4] يقول : خالعتك علىٰ ثوب هروي ، صفته كذا وكذا ، وأخذ يُطنب إلى استغراق المقصود ، فإذا قبلت المرأة ، قُضي بوقوع البينونة بنفس القبول ؛ بناء علىٰ ما تمهد من الأصول . ثم هي مطالبة بالثوب الموصوف ، فإن أعطته مروياً ، ردّه عليها ، وطالبها بالثوب المستحق الذي أحاط الوصفُ به .

ولو قال : خالعتك علىٰ هـٰذا الثوب المروي أو علىٰ هـٰذا الثوب ، علىٰ شرط أنه مروي ، فإذا قالت : قبلت ، حكم بوقوع الطلاق . قطع **الأئمة** أجوبتهم به ؛ فإن الفرقة بالمخالعة المتعلقة بالإيجاب والقبول ، تعتمد القبول ، ولا نظر إلى الصفة المشروطة ، كانت [أو تخلّفت][5] . والدليل عليه أنه لو قال : خالعتك علىٰ هـٰذا الخلّ ، فقالت : قبلت ، ثم تبين أن المشار إليه خمر ، فالفرقة تقع ، وكذلك إذا قال : خالعتك علىٰ هـٰذا العبد ؛ فإذا المشار إليه حر ، وقعت الفرقة . فإذا كان الخروج من المالية لا يمنع وقوع الفرقة ، فالخروج من صفةٍ إلىٰ صفةٍ بهـٰذه المثابة .

---

(١) زيادة من المحقق .
(٢) ر . المختصر : ٤/ ٦١ .
(٣) في الأصل : مع .
(٤) زيادة اقتضاها السياق .
(٥) في الأصل : كانت لو اختلف .

ي ٨٧ ثم إذا شرط/ كونَ الثوب المشار إليه مروياً ، [فبان][1] أنه هروي ، وقع الحكم بنفوذ الفرقة ، فالعوض [لا][2] يفسد بالاختلاف في الصفة ، وآيةُ ذلك أن الزوج لو رضي به ، جاز له ذلك ، وإذا كان [الاختلاف][3] في صفاتِ الأعواض في المعاوضات المحضة لا يوجب فساد العوض ، فبدل الخلع بذلك أولىٰ .

ثم إن رضي الزوج بذلك ، فلا كلام ، وإن لم يرض به ، فله الرد ، وليس ذلك بدعاً ؛ [فإن][4] ما يتطرق إليه خيار الرد بالعيب يتطرق إليه خيار الخُلف ، ثم إذا [ردّ][5] ، ففيما يرجع به قولان : **أحدهما** ـ أنه يرجع إلىٰ مهر المثل . **والثاني** ـ أنه يرجع بقيمته . وهـٰذان القولان في أنه إذا ردّ العوضَ بالعيب ، فإلىٰ ماذا يرجع ؟ ثم إذا أثبتنا له الرجوع [يرجع][6] بقيمة الثوب المروي علىٰ ما شرط ، إذ لو كان يرجع بقيمة الهروي ، لقنع بالثوب الهروي من غير رد .

وما ذكرناه فيه ، إذا اتحد الجنس ، فكان الثوبان من القطن مثلاً ، لـٰكن [إن][7] اختلف النوع بالجنس ، فالأمر علىٰ ما بيناه .

فإن كان الثوب الذي أشار إليه ، وشرط كونه مروياً ، كان كتاناً ، [والهروي][8] قطن ، فإذا اختلف الجنس ، فلو أراد الزوج أن يستمسك بالثوب المعاين المعيّن ، فهل له ذلك ؟ اختلف **أصحابنا** ، فمنهم من قال : ليس له ذلك ، ولو رضي به ، لم يملكه ؛ فإنه ليس من جنس ما ذكره ، فلم يجد إلىٰ ملكه/ سبيلاً ، وهو كما لو خالع ش ٨٧ علىٰ عبدٍ ، ثم قبض أمةً من غير فرض اعتياض ، حيث يجوز الاعتياض ، وليس كذلك

---

(١) في الأصل : فقال .
(٢) في الأصل : أو لا .
(٣) في الأصل : يختلف .
(٤) في الأصل : وإن .
(٥) في الأصل : زاد .
(٦) زيادة من المحقق .
(٧) زيادة اقتضاها السياق .
(٨) في الأصل : والمروي .

إذا اتحد الجنس ؛ فإنّ قبض النوع عن النوع سائغ علىٰ [ما سنذكر][(١)] في ذلك ضابطاً جامعاً .

وذكر **الشيخ أبو حامد** وجهاً آخر أن [للزوج][(٢)] أن يقنع بالثوب المعين ، وإن لم يكن من جنس ما وصفه ، وذلك أنه أشار إليه الزوج ، إذ خالع عليه ، وقال : خالعتك علىٰ هـٰذا الثوب ، فكانت الإشارة غالبةً على الذكر والوصف . وهـٰذا يداني اختلافَ **الأصحاب** فيه إذا قال : بعتك هـٰذه النعجة ، فإذا هي عجل ، ففي صحة العقد ، وانعقاده خلاف معروف ، ذكرناه في البيع .

٨٨٥٣ـ والأمر المتبع في هـٰذا أن ما لا يجوز الاعتياض عنه كالمسلم فيه لا يجوز أن يؤخذ فيه جنس عن جنس ، ويجوز أن يؤخذ المعيب عن السليم . وهل يجوز أن يؤخذ فيه نوع عن نوع ؟ فيه اختلاف ، وإذا جوزنا الاعتياض عن الثمن ، فكل ما منعناه في السلم نجوّزه في الثمن ، ولـٰكنا نشترط إجراء عقد ، وما نجوّزه في السلم نجوّزه في الثمن من غير عقد ، ومحل الاختلاف جوازاً ومنعاً في السلم يستعمل في الثمن في الافتقار إلىٰ عقد ، وعدم الافتقار إليه .

وما يُفرض من خُلف في الأعيان المعيّنة ، فإن اتحد الجنس ، انعقد العقد ، وجاز الاستمساك بالمعيّن ، فإن اختلف الجنس ، ففي/ انعقاد المعاوضة خلاف ، وفي فساد الخلع به خلاف ، والفرقة جائزة على اعتماد القبول ، ثم إن لم يفسد العوض ، جوزنا الاستمساك به ، وإن أفسدنا العوض ردّدنا القولين في الرجوع ، ففي قولٍ يرجع إلىٰ مهر المثل ، وفي قولٍ يرجع إلىٰ قيمة الثوب لو كان علىٰ ما وُصف به . ٨٨ ي

وكل ما ذكرناه ترديد للمسائل ، والخلع إيجابٌ وقبولٌ .

٨٨٥٤ـ فأما إذا كان الخلع علىٰ صيغة التعليق ، فإذا قال : إن أعطيتني ثوباً مروياً ، فأنت طالق ، فإذا أعطته هَرَوياً ، لم تطلق ؛ فإنّ معتمد الطلاق وجودُ الصفة في هـٰذا النوع . ثم إن جاءت به مروياً ، وقع الحكم بالطلاق ، ولم يخْفَ التفصيلُ بعده إذا كان

---

(١) في الأصل : ذكر .
(٢) في الأصل : الزوج .

الثوب مجهولاً ، وكان بمثابة ما لو قال لها : إن أعطيتِني عبداً ، فأنت طالق . فإن كان الثوب موصوفاً بالصفات المرعية في السلم ، فلا يقع الطلاق ما لم تتحقق الصفات فيما جاءت به .

وليس هـٰذا بمحل الرضا إنما يتعلق الإتيان به ؛ فإن الطلاق لا يقع إذا علق بصفاتٍ ما لم تتمحض تلك الصفات . وإن كان على الصفات المذكورة المستقصاة ، وقع الطلاق ، وملك الزوج ما جاءت به ؛ فإن الثوب أثبت مُعْلَماً مبيّناً ، فصح عوضاً ، وصلح لكونه مملوكاً عوضاً .

ش ٨٨ **٨٨٥٥ـ** ولو علق الطلاق وأشار إلى العين وذكر الوصف/ ، ففي لفظه تعليق وإشارة ووصف ، وذلك مثل أن يقول : إن أعطيتني هـٰذا الثوبَ وهو هروي ، فأنت طالق . فإن أعطته ، وكان مَرْوياً ، لم يقع الطلاق ؛ لأن قوله [وهو][(١)] هروي معناه الشرط المحقق ، والتقدير إن أعطيتني هـٰذا الثوب ، فأنت طالق إن كان هَرَوياً . فإذا تعلّق الطلاق بصفتين ، استحال أن يقع بإحداهما .

ولو قال : إن أعطيتني هـٰذا الثوب الهَرَوي ، فأنت طالق ، فكان [مَرْوِيّاً][(٢)] علىٰ خلاف ما ذكر ، فقد ذكر **القاضي جوابين في هـٰذه الصيغة** : **أحدهما** ـ أن الطلاق لا يقع ، كما لو قال : إن أعطيتني هـٰذا الثوب وهو هروي .

والثاني ـ أنه يقع ؛ [لأن][(٣)] الهروي لا يعطىٰ معنىٰ[(٤)] الشرط في قوله : هـٰذا الثوب الهروي ، إذ معناه الثقة بكونه هروياً ، والثقةُ تنافي الشرط . وقوله : وهو هروي ، فيه معنى التردد ، فيتطرق إليه إمكان الشرط والتعليق ، [والتعليق][(٥)] على التحقيق في معنى الشرط .

---

(١) في الأصل : وغير هروي .
(٢) في الأصل : « هَرَوِيّاً » وهو سبق قلم كما يتضح من تصوير المسألة .
(٣) في الأصل : لا الهروي .
(٤) في صفوة المذهب : (لا يُغني مَغْنَى الشرط) .
(٥) زيادة لاستقامة الكلام .

فصل

قال : « ولو أخذ منها ألفاً علىٰ أن يطلقها إلىٰ شهر . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٨٥٦ـ مضمون الفصل يتعلق بثلاثة أشياء : **أحدها** ـ في طلب التزام طلاق مؤخر في الذمة بمال مبذول في الحال .

والثاني ـ استدعاء تعليق الطلاق ومقابلته بمال .

والثالث ـ استدعاء طلاق على الفساد بمال .

فأما استدعاء التزام الطلاق مؤخراً ، فمن صورته أن تقول المرأة لزوجها/ : ٨٩ ي [طلقني][٢] غداً أو بعد شهر ـ علىٰ ما يتفق الاستدعاءُ فيه ـ ولك ألف درهم ، فمقتضىٰ [الاستدعاء][٣] التأخيرُ في التنجيز ، ومقابلة الالتزام في الحال [بالمال][٤] .

فنقول : إن طلق الزوج في الوقت المعين علىٰ حسب الاستدعاء ، فإن قصد إيقاعَ الطلاق في ذلك الوقت جواباً عمّا التمسته ووفاءً بما التزمه لها ، واعتقد صحة ذلك ، فالطلاق يقع بائناً ، ويثبت المال على الفساد ؛ فإنّ شرط المال مع استئخار الطلاق ، [يوقع][٥] الشرط فاسداً ؛ إذ وضع الخلع مع ارتباط المال بالطلاق على الاتصال .

ثم **قال الأصحاب** : الواجب في هـٰذه الصورة مهرُ المثل ؛ فإن فساد العقد جاء من فساد الصيغة ومخالفتِها وضعَ الشرع . وإنما يجري القولان في أن الرجوع إلىٰ مهر المثل أو قيمة المسمىٰ إذا كان الفساد ناشئاً من المسمىٰ ، فيجري قول في العدول عنه إلىٰ قيمته ، فأما إذا جاء الفساد من الصيغة ، فلو ثبتت المالية على الصحة ، لثبت المسمىٰ ، فاقتضىٰ ما ذكرناه الرجوعَ إلىٰ مهر المثل .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٦٢ .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) في الأصل : استدعاء .
(٤) في الأصل : فالمال .
(٥) في الأصل : علىٰ .

ولو أنشأ الزوج الطلاق في الوقت المعيّن ، وقصد أن يكون ذلك ابتداءَ إيقاعٍ منه ، من غير تقدير وفاء بملتزَم ، فيقع الطلاق رجعياً .

ش ٨٩ وإذا قالت المرأة لزوجها/ : طلقني واحدة بألف ، فقال : « أنت طالق » ، على الاتصال ، وقصد ابتداءَ الطلاق ، لا إيقاعَه جواباً ، فالطلاق يقع رجعياً ، ولـٰكن بينه وبين الله تعالىٰ ، ولا يصدّق في دعواه الانفرادَ والاستبدادَ مع اتصال لفظه بلفظها .

وإذا انفصل الطلاق ووقع في الوقت المستدعىٰ في المسألة التي نحن فيها ، ثم زعم أنه قصد ابتداءً ، فالظاهر عندنا أنه يُصدّق ظاهراً ، وتنفصل هـٰذه المسألة عن الجواب المتصل في الأمر الظاهر .

ولو قال : قصدتُ جوابها وإسعافَها ، ولـٰكن علمت فساد العوض ، فالذي قطع به **الأصحاب** أن الطلاق مُبينٌ ، فيثبت الرجوع إلىٰ مهر المثل ، كما قدمناه لا يتغير الحكم بعلمه بالفساد وجهله [به ؛ فإن المسلمَ يعلم تسميةَ الخمر فاسدة][1] ، وإذا سماها ، ثبتت المالية في الخلع ، وسبب هـٰذا أن المالية تثبت بقصد المالية ، والعلم بالفساد لا ينافي قصد المالية ، وكيف ينافيه والشرع قاضٍ بالمالية .

وفيما نقل عن **القاضي** أنه إذا علم الفساد ، لم يستحق ، وكان الطلاق رجعياً في محل الرجعة . وهـٰذا كلام رث لا حاصل له . والممكن في توجيهه أن الطلاق إذا انفصل عن استدعائها ، ضعف عن اقتضاء المال ، ورجع إلىٰ عنصره[2] ووجب حمله علىٰ إطلاقه .

ي ٩٠ وهـٰذا إنما كان يستقيم لو كان يبغي البدل ، مع ظن الصحة/ مصيراً إلىٰ أن الطلاق إذا انفصل ، فلا محمل له إلا الابتداء ، فإذا لم يقل هـٰذا ، فلا رجوع إلا إلى الفرق بين [العلم][3] بالفساد والجهل به .

---

(١) ما بين المعقفين مكان عبارة الأصل المضطربة ، التي جاءت هـٰكذا : « لا يتغير الحكم بعلمه بالفساد وجهله بضمان المشلة يعلم تسمية الخمر فاسدة . . . إلخ » والحمد لله صدّقتنا (صفوة المذهب) .

(٢) إلىٰ عنصره : أي إلىٰ أصله .

(٣) في الأصل : العمل .

٨٨٥٧ـ ومما يتصل بهـٰذا القسم الذي نحن فيه أن المرأة إذا قالت : خذ مني ألف درهم ، وأنت متخير في تطليقي إلىٰ شهر ، فإن عجلْتَه أو أخرته ، فلك ألف إذا أوقعته في المدة المذكورة . **قال الأصحاب** : إذا أخر ثم طلق[1] ، فهو كما لو قالت : لك ألف لو طلقتني غداً أو بعد شهر ، فطلقها في الوقت المعيّن ، وزعموا أن التفاصيل بجملتها تعود كما قدمناها . وفصل **القاضي** في هـٰذه الصورة بين أن يكون عالماً بالفساد ، وبين أن يكون جاهلاً به . وهـٰذا منه[2] وإليه ، ولو صح ، فهو متروك عليه .

والذي قطع به **الأصحاب** أنه إذا طلق علىٰ قصد الوفاء لها ، استحق مهر المثل لفساد الصيغة .

٨٨٥٨ـ وهـٰذا أوان التنبيه لأصل عظيم قد ذكرناه في تمهيد ماهية الخلع ، وهو في ظاهر الأمر علىٰ مناقضة ما ذكرناه الآن ، وذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها : متىٰ ما ، أو مهما طلقتني فلك ألفٌ ، فهـٰذا اللفظ صريح في التأخير ، ثم المأثور عن **الأصحاب** أنه إن طلقها على الفور ، استحق المسمىٰ ، وإن تأخر الزمان ، فطلقها/ ، لم يستحق شيئاً . ٩٠ ش

وهـٰذا على القطع يخالف ما ذكرناه الآن في الصورة الأخيرة ؛ فإن قول القائل متىٰ ما صريحٌ في اقتضاء التأخير ، وتسويغه ، فهو يناظر قولها : أنت بالخيار في تطليقي عاجلاً أو إلىٰ شهر ، فلئن كان الزوج بمبادرة الطلاق في المسألة المبنيّة علىٰ (متىٰ ما) يستحق البدل المسمىٰ ، فيجب أن يستحق أيضاً البدلَ المسمىٰ إذا ابتدر الطلاق وإن خيرته ؛ فإن (متىٰ ما) يعطىٰ إفادة التخيير في التعجيل والتأخير ، وإن كان لفظ التأخير في مسألتنا مفسداً للمسمىٰ ؛ حتىٰ يقال : وإن ابتدر الزوج الطلاق لا يستحق المسمىٰ ، وإنما يستحق مهر المثل ، فيجب علىٰ مساق هـٰذا أن يفسد الخلع إذا وقع استدعاء الطلاق بلفظ (متىٰ ما) .

---

(١) ثم طلق : أي في المدة .

(٢) كذا « منه وإليه » ولعل صوابها (وهـٰذا معزو إليه) .

وإنما نشأ هـٰذا الإشكال من المسألة الثانية ، وهي إذا قالت : « لك ألف ، وأنت بالخيار في تطليقي عاجلاً ، وفي تأخير الطلاق إلىٰ شهر » ، واستدعاؤها يستحيل على التعجيل والتأخير ، ويلزم أيضاً أن يقال : إذا كان الاستدعاء بلفظ (متىٰ ما) ، فأخر الطلاق علىٰ قصد الإجابة إنه يستحق مهر المثل .

وبالجملة ، لا فرق بين المسألتين ، وقد انتظم في مسألة (متىٰ ما) صحةُ الخلع إذا ابتدر ، وعري الطلاق عن البدل إذا تأخّر ، وانتظم هاهنا **للأصحاب** الرجوع إلىٰ مهر المثل إذا اتصل الطلاق ، وإثبات مهر المثل إذا انفصل علىٰ قصد الإجابة/ ، فيجب قطعاً نقل جواب كل واحدٍ من المسألتين إلىٰ أختها ، وإجراء وجهين فيهما جميعاً . وقد وجدت هـٰذا الذي ذكرتُه في مرامزِ كلام **صاحب التقريب** ، حكاية عن تصرفات **ابن سريج** .

ي ٩١

٨٨٥٩ـ ومما يكمل به البيان أنها إذا قالت : طلقني غداً بألف ، وأثبتنا العوض على الشرط المقدم إذا أجابها في الوقت المعين ، فلو عجل الطلاق قبل الوقت المؤقت ، ففي استحقاقه العوض احتمال ؛ من جهةٍ خالف غرضها ، [ومن جهةٍ][1] عجل الفراق ، وقد تقدم لهـٰذا نظير فيه إذا استدعت الفسخ ـ علىٰ قولنا الخلع فسخ ـ فطلقها ، فكيف يكون الأمر في ذلك ؟ فيه اختلاف قدمنا ذكره .

ولو قالت : طلقني غداً بألفٍ ، وطلقها بعد غدٍ ، لم نثبت شيئاً بلا خلاف ؛ فإنه أخر الطلاق ، وهو في وضعه منافٍ لاستحقاق العوض ، فلا هو وصل ، ولا هو أتىٰ به علىٰ وفق استدعائها ، بل أخر عنه ، فهـٰذا منتهى القول في ذلك .

ومن القول الجليّ في هـٰذا النوع أنه لا يستحق عليها شيئاً ما لم يأت عليها العدد[2] فيطلقها ، إذا كان يبغي التأخير ؛ فإن استحقاق المال يقترن في كل حساب بوقوع البينونة لا يتصور ترتب أحدهما على الثاني ، لأن البينونة تقع بالمال .

ومهما رجعت المرأة عن قولها قبل تنفيذ الطلاق ، بطل المال ، وانقطع مسلك

---

(١) عبارة الأصل : . . . خالف غرضها ومن توجه عجل الفراق .

(٢) ما لم يأت عليها العدد : يريد ما لم يحن الموعد المحدد ويطلق فيه .

استحقاقه ، ولا فرق بين أن تقول/ : إن طلقتني غداً ، فلك ألف ، [وبين أن تقول : طلقني غداً علىٰ ألف][(١)] والأمر في جانب الزوج بخلاف هـٰذا ؛ فإنه إن قال : خالعتك علىٰ ألف ، ملك الرجوع قبل إجابتها ، وإن قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، لم يملك الرجوع ، والسبب فيه أن الطلاق إذا علق ، لم يتصور الرجوع عنه [لا][(٢)] لصيغة التعليق ، وذلك أن الطلاق في نفسه إذا علق ، لم يملك الرجوع عنه . وكم من تعليق يُرجَع عنه . ٩١ ش

والمرأة إنما تعلق المالَ وذكرَه ، فكانت بمثابة ما لو قال الرجل : إن رددت عبدي الآبق ، فلك كذا ، فإذا أراد الرجوعَ ، كان له ذلك ، وقد ذكرنا أن الخلع في جانبها معاوضةٌ نازعةٌ إلى الجعالة .

وهـٰذا نجاز الكلام في نوع واحد من الأنواع الثلاثة المذكورة في الفصل .

٨٨٦٠ـ **فأما النوع الثاني** وهو الكلام في مقابلة تعليق الطلاق بالمال وهـٰذا يفرض علىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أن يبتدىء الرجل ، فيقول : أنت طالق غداً علىٰ ألف درهم ، فتقول : قبلت .

والصورة الأخرىٰ ـ أن تقول المرأة مبتدئةً : علق طلاقي علىٰ مجيء الغد ، ولك ألفُ درهم . وذكر **صاحب التقريب** وجهين في أن الخلع هل يصح كذلك ، وهل يثبت البدل المسمىٰ أم لا ؟ حكاهما عنه **الصيدلاني ، ورأيتهما في كتابه** : **أحد الوجهين** ـ أن المسمىٰ يثبت ؛ فإن معلَّق الطلاق كمنجزه ؛ من جهة أنه لا مردّ له بعد إجرائه/ ، وليس في حكم الوعد والالتزام في الذمة ، حتىٰ يظهرَ فيه الوجه الذي قدمناه في الفساد ، والتعليقُ متصل بذكر المال وقبوله ، ومن لم يستبعد إثبات المسمىٰ في قول الرجل : متىٰ أعطيتني ألف درهم مع الاستقصاء في وصفه ، فينبغي ألا يستبعد تصحيح مقابلة التعليق بالمال . هـٰذا أحد الوجهين . ٩٢ ي

(١) زيادة من المحقق علىٰ ضوء السياق وحمداً لله ، فقد وجدناها عند (ابن أبي عصرون) .
(٢) في الأصل : « إلا لصيغة . . » ومعنىٰ « لا لصيغة التعليق » أن امتناع الرجوع إذا علق الطلاق يرجع إلىٰ طبيعة الطلاق ، لا إلىٰ أن العقد معلق ، فكم من تعليق يجوز الرجوع عنه .

والوجه الثاني ـ أن الخلع يفسد علىٰ معنىٰ أن المسمىٰ لا يثبت ؛ فإن وضع الخلع علىٰ تنجيز تخليص المرأة بما تفتدي به نفسَها ، والتي عُلّق طلاقها زوجة قبل وجود الصفة ، وقد تتأخر الصفة ، فكان ذلك مخالفاً لوضع الخلع ، فلزم الرجوع إلىٰ مهر المثل ، ولا خلاف أن المال لا يثبت في ذمتها ، ما لم تتحقق الصفة ؛ فإن الطلاق يقع عندها ، ويستحيل ثبوت المال عليها متقدماً علىٰ حصول الفراق .

وذكر **شيخي أبو محمد** وجهاً ثالثاً ، حكاه عن [شيخه] **القفال** ، وذلك أنه قال : من **أصحابنا** من فرق بين الابتداء إذا كان منه وبين ما إذا ابتدأت ؛ فإن ابتدأ الزوجُ ، وقبلت المرأة ، صح البدل ، وثبت المسمىٰ ، وإن ابتدأت المرأة بالاستدعاء ووضعت استدعاءها علىٰ تعليق الطلاق ، لم يصح ذلك منها ، وكان مآلُ الأمر بالرجوع إلىٰ مهر المثل .

ش ٩٢ وهـٰذا عندنا/ تخيل لا حاصل له ؛ فإن التعليق إذا كان يقبل المقابلة بالمال ، فإذا استدعت ، فقد استدعت بالمال قابلاً للمقابلة ، فلا أثر لتقدم قولها وتأخره .

وذكر **القاضي** وجهاً آخر ـ أن المال لا يثبت ؛ لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ، وإذا لم يثبت المال ، لم يقع الطلاق ؛ فإنه علق علىٰ مال .

وهـٰذا أولاً ضعيف ؛ فإن وقوع الطلاق ينبغي أن يناط بالقبول ، فإذا قال الزوج : أنت طالقٌ غداً بألف ، فقالت : قبلت ، فحصول القبول في هـٰذه الصورة علىٰ صيغة حصول القبول في الطلاق المنجّز ؛ إذ لا تعليق للطلاق بثبوت المال ، وإنما تعليقه بصفة وبوقتٍ ، فالمصير إلىٰ أن الطلاق لا يقع غفلةٌ عظيمة . نعم ، إن قيل : لا يثبت المال بجهة التعليق ، فهو [فقهٌ][1] علىٰ حال . ثم يجب أن يكون التفريع عليه أن الطلاق يقع رجعياً .

٨٨٦١ـ ومما يتعلق بهـٰذا الفصل أن الرجل إذا علق الطلاق ، وذكر مالاً ، كما وصفناه ، فقبلت المرأة ، فلو أرادت المرأة الرجوعَ قبل وقوع الطلاق ، لم تجد إلىٰ ذلك سبيلاً ؛ فإن الأمر استقر بالتعليق والقبول ، وصار التعليق كالتطليق .

---

(١) في الأصل : فقيه .

فإذا فرعنا علىٰ فساد المسمىٰ [كان الجواب كمثله][(١)] ، والسبب فيه أن الطلاق تعلق تعلقاً لا يُستدرَك ، وارتبط بالمال ارتباطاً لا يحتاج معه إلىٰ تجديد قبول ، فلا يختلف الأمر بفساد المسمى/ وصحته ، وليس كما لو استدعت منه أن يطلقها غداً ؛ فإنها تملك الرجوع [لو أرادت][(٢)] حتىٰ نقول : لو رجعتْ ، ولم يشعر الزوجُ ، فطلقها علىٰ قصدِ الإسعاف ، نفذ الطلاق عارياً عن العوض .

٩٣ ي

وقد ينقدح فيه اشتراط بلوغ الخبر ، كالتوكيل والعزل ، والأظهر أنا لا نشترط بلوغ الخبر ؛ فإن هـٰذا في حكم الرجوع عن أحد شقي العقد قبل صدور الشق الثاني من العاقد .

فقد انتظم مما ذكرناه أن المرأة في صورة التعليق لم تلتزم بعدُ مالاً عليها ، ولا نجد سبيلاً إلىٰ دفع ما سيلزمها عند وقوع الطلاق ، وكأنها التزمت أن تلتزم ، وينشأ من هـٰذا المنتهىٰ تأكيدٌ لما قدمناه ، وهو أن الطلاق [لو][(٣)] أُخِّر ، ثم أوقع ، لم يتعلق به استحقاق مالٍ ، وقد استنبطتُ هـٰذا من قول **الأصحاب** فيه إذا قالت : متىٰ طلقتني ، فلك ألف . وقد صرح **القاضي** في التعليق بأن المال لا يثبت في وجهٍ إذا كان لا يثبت هاهنا وقد انعقد التعليق ، فلأن لا يثبت في الطلاق المنشأ بعد زمان مستأخر أولىٰ .

وقد نجز القول في مقابلة تعليق الطلاق بالمال .

٨٨٦٢ـ **فأما الفن الثالث** ، فهو أن تستدعي طلاقاً ، وتذكر من حكمه ما لا يوافق الشرع ، مثل أن تقول : طلقني بألفٍ طلقةً يمتد تحريمها إلىٰ شهر ، ثم ينقضي . فإذا/ قال : أنت طالق طلقةً إلىٰ شهر ، فالطلاق يقع علىٰ موجَب الشرع ، مسترسلاً على الأزمان ، ثم قال **الأصحاب** : يفسد العوض [الذي][(٤)] سمَّت ، بسبب فساد الصيغة ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، وقياس هـٰذا بيّن ، علىٰ ما ذكرناه .

٩٣ ش

ولو قالت لزوجها : طلقني نصف طلقة بألف ، فقال : أنت طالق نصف طلقة ،

---

(١) في الأصل : كالجواب كمثل .
(٢) في الأصل : ولو أرادت .
(٣) زيادة اقتضاها استقامة الكلام .
(٤) زيادة من المحقق .

فكيف السبيل ؟ هـٰذا فيه تردد ؛ من قِبل أن ما استدعته فاسد في لفظه ، وإن كان الشرع يكمله ، وهـٰذا بمثابة استدعائها طلاقاً إلىٰ شهر ، فوقوعُ الطلاق مطرداً على الأزمان حكمُ الشرع ، كذلك تكميلُ الطلقة الملفوظ بها نصف طلقة موجب الشرع ، فوجب أن لا يكون بين المسألتين فرق .

وكذلك لو قالت : طلق يدي أو طلق نصفي بألف ، ففي المسألة تردد ، واحتمال ، والاحتمال في هـٰذه الصورة الأخيرة أظهر ، فإنها تُبنىٰ علىٰ خلافٍ **للأصحاب** ـ يأتي ـ في أن من قال لامرأته : نصفك طالق ، فالطلاق يصادف النصفَ ، ويسري ، كما يفرض مثل ذلك في العتق ، أو يكون تطليق النصف عبارة عن تطليق الكل ؟ والظاهر في المسائل كلها الرجوع إلىٰ مهر المثل . وقد نقلنا نصَّ **الأصحاب** فيه إذا استدعت الطلاق إلىٰ شهر أن الرجوع إلىٰ مهر المثل .

فليتأمل الناظر/ هـٰذه المسائل . ي ٩٤

فصل

قال : « ولو قالتا : طلقنا بألفٍ ، ثم ارتدتا . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٨٦٣ـ نُجدد العهدَ في مقدمة الفصل بما مهدنا ذكره في كتاب الصداق . نقول : إذا خالع الرجل امرأتيه بمالٍ سماه ، فقبلتا ، فالبينونة تقع ، وفي صحة البدل **قولان** تمهد أصلهما فيما مضىٰ : **أحدهما** ـ أنه لا يصح ؛ فإنه لا يدري بماذا يطالِب كلَّ واحدة ، وكلُّ واحدة منهما مستقلّةٌ بنفسها فيما تلتزِم وتطالَب به .

والقول الثاني ـ أن الخلع صحيح ، وتعدُّدُ المرأتين بمثابة ابتياع عبدين بألف .

فإن لم نصحح التسميةَ ، فالرجوعُ إلىٰ مهر المثل ، فيطالِب كلَّ واحدة منهما بمهر مثلها ؛ فإنّ سبب الفساد الجهالة ، ومهما[(٢)] كان فساد البدل بسبب الجهالة ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل .

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٦٢ .

(٢) « مهما » بمعنىٰ (إذا) .

وإن حكمنا بصحة المسمىٰ ، فالأصح الذي عليه التعويل أنه يتوزع علىٰ مهور أمثالهما ، فإن كان مهراهما متساويين ، فعلىٰ كل واحدة نصفُ البدل المسمىٰ ، وإن كانا مختلفين ، وزعنا المسمىٰ علىٰ مقداريهما ، وتطالَب كل واحدة منهما بما يخصها .

وذكر **الشيخ أبو بكر**[١] قولاً آخر : أنا نوزع المسمىٰ بالسوية علىٰ رؤوسهما ، فلا ننظر إلىٰ تفاوت المهرين وتساويهما .

وهـٰذا لم أره/ إلا له ، وأجراه **القاضي** قولاً ، ولم يزيفه ، ثم وجّهه **الصيدلاني** بأن الطلاق هو المقابَل بالمال ، وطلاقُها وطلاق صاحبتها لا يختلفان في سبيل العدد ، كما لا تختلف طلقات امرأة . ٩٤ ش

وهـٰذا ضعيف ، لا أصل له ؛ فإن المقابَل بالمال أبضاعُهما ، وسبيل حَلِّ النكاح عنهما الطلاقُ ، فلا معنىً للنظر إلىٰ أعداد الطلاق ، ثم أعداد النسوة .

ثم إن صح هـٰذا الذي ذكره ، فيتفرع عليه **أمران** : **أحدهما** ـ [أنه][٢] يجب القطع بصحة الخلع إذا كان تفريع التوزيع يُفضي إلىٰ هـٰذا ، وربّ أصلٍ [يستبدل][٣] بفرعه في إجراء الترتيب . هـٰذا لا بد منه ، فيقال : إذا كنا نرى التوزيع على الرؤوس ، فالبدل

---

(١) الشيخ أبو بكر : المراد به هنا : الصيدلاني .

(٢) في الأصل : أن .

(٣) في الأصل : « يستبسل » . وأما الاستبدال الذي يشير إليه ، فبيانه أن الأصل الذي جدد الإمام العهد به هو أن الرجل إذا خالع زوجتيه بمالٍ سماه ، فالبينونة تقع ، وفي صحة المسمّىٰ خلافٌ : من قال : « لا يصح » علّل بالجهالة ؛ فإنه لا يدري بماذا يُطالب كلَّ واحدةٍ منهما . ومن قال : « يصح » جعل الرجوع إلىٰ نسبة مهر المثل من المسمىٰ : أي يطالب كل واحدة بما يساوي نسبة مهر مثلها من المسمّىٰ .
ثم ذكر الصيدلاني قولاً آخر وهو أن المسمىٰ يوزع بينهما بالسوية على الرؤوس ، ووجّهه بأن المقابل بالمال هو الطلاق وهو لا يختلف من زوجة لأخرىٰ .
فإذا صح هـٰذا ـ وهو مفرع علىٰ صحة المسمّىٰ ، فنعتبر هـٰذا الفرع أصلاً ، ونقلب التفريع ، ونقول : **إذا كان التوزيع على الرؤوس فالمسمىٰ ثابتٌ** ، وإذا كان التوزيع علىٰ مهر المثل ، ففي صحة المسمىٰ خلاف (هـٰذا هو إبدال الأصل بفرعه) .

المسمىٰ ثابت ، وإن كنا نقدر التوزيع علىٰ مهر المثل ، ففي صحة المسمى الخلاف الذي ذكرناه .

ومما يجب تفريعه علىٰ ذلك أن الرجل إذا قال في مخاطبة امرأتيه ، وكان يملك علىٰ كل واحدةٍ ثلاث طلقات : طلقتك يا زينب واحدةً ، وطلقتك يا عَمْرة اثنتين بألف درهم ، فإذا كنا نرى التوزيع على التسوية ، فهـٰذا فيه تردد ، والظاهر أن المطلقة اثنتين تلتزم ثلثي الألف ، والمطلقة واحدة تلتزم الثلث ؛ نظراً إلىٰ أعداد الطلاق في المرأة الواحدة ، وفي كلام **الصيدلاني** ما يدل علىٰ أن التوزيع على الرؤوس ، [ولا نظر][1] إلىٰ أعداد/ الطلاق ، فيكون البدل المسمىٰ منشطراً أبداً بين اثنتين ، وإن تفاوت الواقع عليهما من أعداد الطلاق . ي ٩٥

٨٨٦٤ـ ولو قال الزوج لامرأتيه : أنتما طالقان علىٰ ألف ، فقبلت إحداهما ، ولم تقبل الأخرىٰ ، لم تطلق واحدة منهما . [هكذا][2] ذكر **الأصحاب** . وهـٰذا لعمري جارٍ علىٰ ظاهر المذهب فيه إذا قال الرجل لشخصين : بعت منكما عبدي هـٰذا بألف درهم ، فقال أحدهما : قبلت البيعَ في نصفه بخمسمائة ، فالذي ذكره **أئمة المذهب** أن القبول لا يصح علىٰ هـٰذا الوجه ، ما لم يساعد صاحبه ، وإن فرعنا على المذهب المشهور والقول المنصور علىٰ **أبي حنيفة** ، ورأينا أن لأحدهما أن يتفرد برد ما اشتراه عند الاطلاع على العيب ، وإن لم يساعده الثاني في الرد[3] .

هـٰذا الذي ذكرناه في القبول هو المذهب المقبول ، وقد اشتهر عن **الأصحاب** ذكرُ منعٍ فيه ، والحكمُ بتصحيح القبول من أحدهما في القدر الذي يخصه من الملك ، بالقدر الذي يلزمه من الثمن ، ولم أر هـٰذا لمعتمدٍ في المذهب . وغالب ظني أنه من

---

(١) في الأصل : والنظر إلىٰ أعداد الطلاق .

(٢) في الأصل : وهـٰذا ذكر الأصحاب .

(٣) المعنىٰ هنا : أن المذهب هو عدم تصحيح القبول في البيع ، إذا قبل أحدهما بخمسمائة ، حتىٰ ولو قلنا : يجوز لأحدهما أن ينفرد برد ما اشتراه عند الاطلاع على العيب ، وإن لم يساعده الثاني ، فيما إذا كانا قبلا معاً ، ثم اطلعا علىٰ عيب بالعبد .

ارتكاب[1] الخلافيين ، وقد حكيت هـٰذا في كتابٍ واستشهدت بمسألةٍ من الخلع ، ولم أتثبت فيها علىٰ ما ينبغي .

٨٨٦٥ـ وهـٰذا أوان التفصيل على التحصيل الذي عليه التعويل . فنقول : إذا كان البادىء/ الزوج ، فقال لامرأتيه : أنتما طالقان بألف . فإذا قبلت إحداهما ، ولم تقبل الثانية ، لم يقع شيء ، كما لو قال مالك العبد : بعت عبدي هـٰذا منكما بألف درهم ، فقبل أحدهما دون الثاني ، لم يصح . والخلع أولىٰ بألا يصحَّ ببعض القبول فيه ، لما فيه من تضمين التعليق . ٩٥ ش

وإن صح في البيع تصحيحُ القبول من أحدهما دون الثاني ، لم يمتنع خروج مثله في

(١) ارتكاب الخلافيين : تكرر هـٰذا اللفظ (ارتكب) بأكثر من صيغة من صيغ الاشتقاق ، في مواضع كثيرة علىٰ طول هـٰذا الكتاب ، ومنها علىٰ سبيل المثال قوله في خطبة الكتاب : « وما اشتهر فيه خلاف الأصحاب ذكرته ، وما ذكر فيه وجهٌ غريب منقاس ذكرت ندوره وانقياسه ، وإن انضم إلىٰ ندوره ضعف القياس نبهت عليه . . . وإن ذكر أئمة الخلاف وجهاً مرتكباً أنبه عليه » . وحين يعرض للاجتهاد في القبلة ، يعقب علىٰ أحد الوجوه في صورة من الصور قائلاً : « وهـٰذا إن ارتكبه مرتكب ، ففيه بعدٌ ظاهر » وفي باب آخر يعقب علىٰ أحد الوجوه قائلاً : « ولم يصر إلىٰ هـٰذا أحد من أئمة المذهب ، وإنما هو من ركوب أصحاب الخلاف » وفي كتاب النكاح يعقب علىٰ إحدى المسائل قائلاً : « ولما نظر القفال إلىٰ ما ذكرناه ، لم يجد فرقاً ، وارتكب طرد القياس في المسألتين اللتين ذكرهما صاحب التقريب ، وقال أولاً : إنه حكىٰ فيهما نص الشافعي ، وقد تتبعت النصوص ، فلم أجد ما حكاه من المسألتين منصوصاً . . . » .

هـٰذه نماذج لورود هـٰذا اللفظ ، وصورٌ من اشتقاقاته ، ولقد تبادر إلى الذهن أن هـٰذا (الارتكاب) أحد مصطلحات علم الجدل والمناظرة ، فبحثت واستقصيت جهدي في كل مظانه : في الكافية في الجدل لإمام الحرمين ، المعونة في الجدل لأبي إسحاق الشيرازي ، واصطلاحات المتكلمين والفلاسفة للآمدي ، المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية ، وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ، وتعريفات الجرجاني ، وكليات أبي البقاء ، ثم غريب ألفاظ الشافعي ، ثم معاجم اللغة ، ثم معجم الألفاظ التي شرحها ابن خلكان في الوفيات .

ويبدو أن المراد بالارتكاب هنا التعسف وركوب الطريق غير السوي ، يظهر ذلك من سياق العبارات التي أمامنا ، والذي يرشح هـٰذا التفسير أن هـٰذا (الارتكاب) يكون عادة من أئمة الخلاف ، عند نصرة كل صاحب رأي لرأيه ، فيعتسف أيّ طريق ، انتصاراً لرأيه ، وفراراً من إلزامات خصمه . والله أعلم .

الخلع ؛ فإنه وإن اشتمل علىٰ معنى التعليق ، فهو في هـٰذا المقام كالمعاوضة المحضة ؛ إذ يجوز للمخالع إذا لم يأت بلفظ التعليق أن يرجع قبل القبول ، وهـٰذا أصدق الآيات في تغليب معنى المعاوضة في الفن الذي نطلبه .

والمعتمد في منع تبعض القبول مخالفة القبول لما أشعر الإيجاب باستدعائه ، فإن من قال : « بعت منكما » مستدعٍ لجوابهما على الاقتران ، فهـٰذا ما يجب التعويل عليه ، ولهـٰذا قلنا : لو قال الرجل : بعتك عبدي هـٰذا بألفٍ ، فقال المخاطب : اشتريت بألفين ، فالبيع لا ينعقد ، وكان من الممكن إحباط الألف الزائدة والمصير إلىٰ أنها ملغاة ، ولـٰكن شرط القبول موافقة الإيجاب علىٰ وجهٍ [لو فرض غير مستقلٍّ](١) لانْبنَىٰ علىٰ ما تقدم ، وذلك أن المخاطَب إذا قال : قبلت/ ، فهـٰذا لا يستقلّ لو انفرد ، ولـٰكنه نفذ لابتنائه علىٰ ما تقدم . ي٩٦

وإذا قال البائع : بعت عبدي هـٰذا منكما بألف ، فقالا : اشتريناه بالألف ، صح وقد تحققت الموافقة على النهاية . ولو قال : بعت هـٰذا العبدَ منكما بألف ، فقال كل واحد منهما : اشتريتُ نصفه بنصف الألف . فهـٰذا فيه احتمالٌ عندي ؛ من قِبَل أنه خاطبهما علىٰ صيغة تقتضي جوابهما ، فإذا ذكر كل واحد منهما عبارة تصلح للانفراد ورّث ذلك احتمالاً ، والظاهر الصحة بحصول الغرض من الموافقة في المعنىٰ ، ثم لا نشترط أن ينطقا معاً ، بل إذا قال أحدهما : قبلت ، ثم قال الثاني بعده : قبلت ، والأمر على التواصل ، والزمان الجامع المرعي الشامل ، جاز . وهـٰذا هو الممكن .

ولو قال رجلان : بعنا عبدنا هـٰذا ـ وهو بيننا نصفان ـ منك بألف ، فقال لأحدهما : اشتريت نصيبك بخَمسمائة ، فالذي أطلقه **الأصحاب** أن البيع لا يصح في بعض العبد إذا أراد الاختصار عليه ، ومنعُ الصحة في هـٰذه الصورة أَغْوصُ وأغمض من منعها [إذا](٢) اتحد البائع وتعدد القابل ، فكل واحد منهما يعرب عن ملكه ، ولا تعلّق له بملك صاحبه ، فإن صح تبعيض/ القبول فيه إذا قال الشخص الواحد : بعت عبدي ش٩٦

---

(١) في الأصل : « أو فرض عن مستقبل » .
(٢) في الأصل : وإذا .

منكما ، فلا شك أن هـٰذا يُخرّج فيه إذا قالا بعنا منك . وسنذكر صوراً في استدعاء النسوة الطلاق ؛ فإنا الآن فيه .

إذا ابتدأ الزوج وقال : خالعتكما ، أو خالعتكن . [فلو خالع][١] امرأتين بألف ، وكانت إحداهما سفيهة ، والأخرىٰ مُطْلقة[٢] ، فقبلتا ، وقع الطلاق وفاقاً ، ثم الطلاق الواقع على السفيهة رجعي ، وطلاق المُطْلقة بائن .

فإن قيل : قد [تبعض][٣] الأمر في لزوم العوض ، فهلا حكمتم بأن ذلك يمنع وقوع الطلاق ؟ قلنا : المرعي القبول . وقد ذكرنا أن قبول المحجورة في اقتضاء الطلاق ، كقبول المُطْلقة ، فإذا حصل الوفاق في القبول ، لم يمتنع افتراق الأمر في لزوم المال وانتفائه . ووقوع البينونة علىٰ إحداهما ، والطلاق الرجعي على الأخرىٰ .

فهـٰذا قدر غرضنا الآن في ابتداء الرجل بالمخالعة .

٨٨٦٦ـ فأما إذا سألت امرأتان الطلاق ، وقالتا : خالعنا بألفٍ ، فإن أجابهما ، وقال : خالعتكما ، أو طلقتكما : فالبينونة واقعة ، وفي صحة المسمى القولان المقدّمان ؛ فإن مأْخذهما لا يختلف بأن يكون الزوج هو المبتدىء ، أو تبتدىء النسوة بالاستدعاء .

ولو قالت امرأة : طلقني [وضَرّتي][٤] بألف ، فقال : طلقتكما ، فالمسمىٰ صحيح هاهنا ، بلا خلاف ، فإن القائلة/ متحدة ، غير أنها أدخلت نفسها وضرتها في العقد ، وتعدّدُ المعقود عليه لا يؤثر ، إذا تحقق اتحاد العاقد ، وليس كما إذا سألتا ، فأجابهما ؛ فإن كل واحدة منهما مستقلّة بالالتزام . وهـٰذا ظاهر مغنٍ بظهوره عن مزيد الكشف .

٩٧ ي

ولو [قالتا][٥] : خالعنا أو طلقنا بألف ، فقال في جواب إحداهما : طلقتك ،

---

(١) في الأصل : ولو .
(٢) مطلقة : أي غير محجورة .
(٣) في الأصل : يتبعض .
(٤) في الأصل : « وحدي » وهو تصحيف مضلِّل .
(٥) في الأصل : قلنا .

فالطلاق يقع [بائناً][(١)] ، وهـٰذا التبعيض لا ينافي وقوع الطلاق ، وليس كما إذا قال : خالعتكما بألف ، فقبلت إحداهما ؛ فإن الطلاق لا يقع على القابلة ، كما حكيناه عن **الأصحاب** ؛ فإن قوله محمول علىٰ مقتضى المعاوضة والمعاوضة في مثل هـٰذه الصورة تقتضي الاجتماع في القبول ، فجرىٰ ما قدمناه علىٰ هـٰذا القياس .

فأما إذا قالتا : طلقنا بألف ، فطلق إحداهما ، فكل واحدةٍ على استدعائها ، لا تعلق لها بصاحبتها ، وليس كما لو قال الطالبان : بع منا هـٰذا العبد بألف ، فباع نصفه من أحدهما ، فالبيع باطل ؛ لأنه معاوضة [محضة ، والمعاوضة][(٢)] المحضة تقتضي توافقاً حقيقياً بين الجواب والإيجاب ، واستدعاءُ الخلع في النسوة ، وإن كان معاوضة ، فهي نازعة إلىٰ جعالة ، ولو قال : رجلان أبق عبداهما : رُدّ عَبْدَيْنَا ولك كذا ، فرد عبد أحدهما ، استحق مقداراً ، فإذا [استدعتا][(٣)] ، فأسعف إحداهما ، استحق مقداراً من المال ، ثم لا يتصور استحقاقُه المالَ من غير تقدير [وقوع][(٤)] البينونة/ . ش ٩٧

ومن استنبط في[(٥)] تبعيض القبول في البيع قولاً ، إنما استنبطه من إجابة [الزوج][(٦)] إحداهما وقد ابتدأتا الاستدعاء ، ثم طرد هـٰذا حيث يلزمه ، وقال : إذا قال مالك العبد : بعت منكما هـٰذا العبدَ بألف ، فقبل أحدهما دون الثاني ، صح .

وهـٰذا [الباني][(٧)] ليس علىٰ وجهه ؛ فإن الذين قالوا في الخلع إذا استدعتا ابتداءً ،

---

(١) في الأصل : ثانياً .
(٢) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها .
(٣) في الأصل : استدعا .
(٤) في الأصل : توقع .
(٥) « في » تأتي مرادفة لـ (مِن) .
(٦) غير مقروءة في الأصل .
(٧) في الأصل : « الباقي » والمثبت تصرّفٌ منا علىٰ ضوء السياق ، فالمعنىٰ أن هـٰذا الباني أي المستنبِط علىٰ وجهه الصحيح .
وعِبارة ابن أبي عصرون : « قال الإمام الاستنباط ليس علىٰ وجهه » .

فأجاب إحداهما ، ثبت المال وتقع البينونة أطلقوا [القول][١] بأن الزوج إذا ابتدأ ، فقال : خالعتكما بألفٍ ، فقبلت إحداهما دون الثانية ، لم يقع شيء . فإذا لم نُجز [استنباط][٢] التبعيض من صورة إلىٰ صورة في الخلع ، فكيف يجب استنباط التبعيض في[٣] الصورة التي ذكرناها في البيع مع إطلاقنا بأن الخلع في مثل تلك الصورة لا يتبعض القول فيه .

٨٨٦٧ـ ومن الأسرار اللطيفة فيما نحن فيه في قواعد الخلع أن الزوج إذا استعمل في مقابلة الطلاق بالمال صيغة المعاوضة ، اقتضىٰ ذلك عدمَ التبعّض في القبول قياساً على المعاوضة [المحضة][٤] . وإن استعمل صيغة التعليق ، فأولىٰ ، وذلك بأن يقول لامرأتيه : إن أعطيتماني ألفاً ، فأنتما طالقان . فإذا أعطته [الألف][٥] إحداهما دون الأخرىٰ ، لم تطلق المعطية ؛ فإنّ التعليق بالصفتين فصاعداً يقتضي الاجتماع في الصفات . وهـٰذا بيّن في قاعدة التعليق ، [فإن إيجاب الزوج][٦] لا يخلو عن المعاوضة والتعليق ، وكل واحدة منهما تقتضي الجمع/ . ٩٨ ي

وإن كان الاستدعاء من النسوة ، فهن يلتمسن ما يقبل الغرر ، فيصير قبول الطلاق للغرر في حقهن مُلحِقاً استدعاءَهن باستدعاء الأعمال في الجعالة ؛ إذ ليس منهن تعليق ، وإنما منهن بذلُ مال غيرَ أنهن يبذلن الأموال في مقابلة ما يقبل الغرر ، ولهـٰذا قال **المحققون** : ما يصدر منهن معاوضة نازعة إلى الجعالة .

وانتظم من هـٰذا أن الزوج إذا ابتدأ [فمعاوض][٧] أو معلِّق ، والمرأة إذا استدعت ، فليس من جانبها ما تملك [تعليقه][٨] . فإذا ارتبط المال بما يقبل الغرر ، كان إسعاف

---

(١) في الأصل : الزوج .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) بمعنىٰ (مِنْ) .
(٤) زيادة من المحقق .
(٥) في الأصل : « أعطت إحداها » والتعديل والزيادة من (صفوة المذهب) .
(٦) في الأصل : فإذا جابت .
(٧) في الأصل : بمعاوض .
(٨) في الأصل : تطليقه .

الزوج علىٰ قياس إسعاف العامل المجعول له ؛ فإذا تحقق هـٰذا ، وقال : طلقتك يا هـٰذه ، فالبينونة تثبت ، والكلام بعد ذلك فيما يلزمها ، وهـٰذا خارج علىٰ ما إذا [خالعهما فقبلتا][1] .

فإن قلنا ثَمَّ : علىٰ [كلّ][2] واحدة منهما تمامُ مهر مثلها ، فعلى التي خصها بالإجابة مهرُ مثلها ، وهـٰذا حكمٌ بفساد العوض . وإن قلنا ثَمّ : المسمىٰ يوزع عليهما بالسّويّة ، فهـٰذه التي خصها الزوج بالإجابة عليها نصف البدل الذي ذكرناه .

وإن قلنا : إذا خالعهما بألف ، فقبلتا الألف ، فعلىٰ كل واحدة منهما من المسمىٰ مقدار مهر مثلها ، فهـٰذا القول لا يخرج هاهنا ؛ لأنه إذا خالعهما ، فقبلتا ، وصححنا المسمىٰ ، فنقول : المسمىٰ معلوم في نفسه/ ، فلا يضر الجهل في التوزيع ، وإذا خص إحداهما بالإجابة ، فإذا كنا نفرع على التوزيع علىٰ مهر المثل ، فلم يثبت في حق هـٰذه المجابة إلا مقدارٌ مجهول من المسمىٰ في أول الأمر ، وليس هـٰذا جهالة توزيع بعد إعلام العوض علىٰ وجهٍ . وإذا صدر القبول منهما ، فالألف بكماله ثابت ، وهو معلوم ، فأمكن أن يعتمد العقد إعلامَ الألف ، وإذا لم يجب [إلا][3] إحداهما ، فأول [العوض][4] مجهول إذا كنا نرى التوزيع علىٰ أقدار مهر المثل ؛ فإذاً لا ينقدح فيه إذا أجاب إحداهما إلا قولان : **أحدهما** ـ الواجب مهر المثل . (ش ٩٨)

والثاني ـ أن الواجب نصف المسمىٰ إذا كنا لا نرى التوزيع ، فأما إثبات مقدار من المسمىٰ بتقدير توزيعه على المهرين، فلا سبيل إلى المصير إليه . وإذا أجابهما ، انتظم علىٰ إفساد التسمية وتصحيحها **ثلاثةُ أقوال** : **أحدها** ـ أن علىٰ كل واحدةٍ مهر مثلها .

والثاني ـ أن علىٰ كل واحدة من المسمىٰ مقدار ما يقابل مهرها عند القسمة علىٰ أقدار المهرين[5] .

---

(١) في الأصل : « خالعها قبلنا » وواضح ما فيه من تصحيف . والمثبت من (صفوة المذهب) .
(٢) في الأصل : كذا .
(٣) في الأصل : إلىٰ .
(٤) في الأصل : العرض .
(٥) لم يذكر القول الثالث، وهو أن علىٰ كل واحدة منهما نصف المسمىٰ. (ولعله تركه لوضوحه).

وقد نجز تمام المقصود في ابتدائه بالمخالعة وابتدائهن بالاستدعاء وما يفرض من جمعٍ وتفريقٍ في القبول منهم ، وفي إجابة من الزوج .

٨٨٦٨ـ ثم ابتدأ **الشافعي** هـٰذا الفصل وغرضه الكلامُ في طريان الردة ، ونحن نقول : إذا قالت المرأة : طلقني بألف ، ثم ارتدت/ قبل إجابة الزوج ، فأجابها الزوج بعد ردتها ، فنذكر غرضَ **الشافعي** ، ثم نعطف علىٰ ما يتعلق به من الإشكال ، **قال الشافعي : إذا كانت المرأة غيرَ مدخول بها ، فإذا ارتدت ، انقطع النكاح بردّتها ، ولغا طلاق الزوج ؛ فإنه يقع بعد انفساخ النكاح** . ٩٩ ي

وإن كانت مدخولاً بها ، فليس يخفىٰ أن انفساخ النكاح موقوفٌ عندنا ، فإن أصرت على الردة ، تبيّنا أن النكاح انفسخ مع الردة وأنها استقبلت العدة بعد الردة . وإن عادت إلى الإسلام في زمن العدة ، تبيّنا أن [الردة][1] لم تقتضِ انفساخ النكاح ، والخلعُ يخرج علىٰ هـٰذا التقدير ، فإن أصرت حتى انقضت مدة العدة ، لغا طلاق الزوج ، وبان أن صدوره من الزوج بعد الانفساخ ، وإن عادت ، فالطلاق واقع ، والخلع صحيح ، هـٰذا مراد **الشافعي** .

٨٨٦٩ـ ثم يتطرق إلىٰ ما ذكر أسئلةٌ وأجوبة عنها ، مثلاً : إنّ قائلاً لو قال : هـٰذا النص هل يدل علىٰ أن تخلل كلام بين الإيجاب والقبول لا يوجب انقطاع أحدهما عن الثاني ؟ قلنا : قد استدل بهـٰذا النص من صار إلىٰ أن تخلل الكلام اليسير بين الإيجاب والقبول ، لا يؤثر ، ووجهُ الاستدلال أن **الشافعي** صحح الخلع مع تخلل كلمة الردة إذا جرت بعد الدخول ، وفرض العوْد إلى الإسلام قبل مدة العدة .

وهـٰذا فيه نظر عندي/ من قِبل أن **الشافعي** صور مسألته فيه إذا استدعت المرأة الطلاق ، ثم ارتدت ، ثم أجاب الزوجُ ، فالكلام صادر من المرأة بعد فراغها عن الاستدعاء ، وإنما يقع التناقش والبحث [فيه إذا][2] جرى الإيجاب ، فتكلم القائل بكلامٍ غير القبول ، ثم قبل . وهـٰذا يناظر ما لو تخالع الرجل مبتدئاً ، فارتدت المرأة ، ٩٩ ش

---

(١) في الأصل : العدّة .

(٢) في الأصل : فيه ما إذا .

ثم قبلت ، والشافعي لم ينص على الردة في هـٰذه الصورة ، وإنما ذكر الردة في الصورة الأولىٰ .

وقد يجري في هـٰذا نوع آخر من السؤال ، وهي أنها لما ارتدت ، كان يجب أن نجعل ارتدادها رجوعاً [منها][1] ؛ فإن الردة تُغنيها عن طلب الفراق ، فهلا أشعرت الردة برجوعها ؟ وسبيل الجواب أن الردة لا تَغْني الرجوعَ عن الاستدعاء ، ولـٰكن المرأة إذا لحقتها شِقوةُ الردة ، لم تقصد بالردة أمراً سوىٰ ما بدا لها ، ثم الانفساخ حكم الشرع . فهـٰذا وجه التنبيه علىٰ ذلك .

٨٨٧٠ـ ومن تمام الكلام في ذلك أن الرجل إذا خالع امرأتين ، ثم ارتدتا بعد الدخول ، وقبلتا أو استدعتا وارتدا ، وأجابهما الزوج ، فإن أصرّتا ، لم يخف حكمهما ، وإن رجعتا ، لم يخف أمرهما .

وإن أصرت إحداهما ورجعت الأخرىٰ ؛ فإن كان الاستدعاء منهما ، ثم جرى الأمر كما ذكرنا ، فهـٰذا بمثابة ما لو استدعتا ولا ردة ، فأجاب إحداهما . وقد مضىٰ هـٰذا .

ي ١٠٠ وإن ابتدأ الزوج المخالعة/ ، فارتدتا ، ثم قبلتا ، فقد يتجه ألاّ نصحّح قبولهما وإن عادتا ؛ لتخلل الكلام ؛ بناء علىٰ أن الكلام اليسير بين الإيجاب والقبول قاطعٌ ، وليس هـٰذا كالصورة الأولىٰ .

وإن صححنا الخلع ولم نجعل الكلام في نفسه قاطعاً ، فإن أصرتا أو عادتا ، لم يخف الحكم . وإن أصرّت إحداهما وعادت الأخرىٰ ، فليتأمل الناظر هـٰذا الموقف ؛ فإنَّ القبول في حق المُصِرَّة باطل ؛ فقد ذكرنا أن إحداهما إذا قبلت دون الأخرىٰ ، لم يثبت الخلع في حق القابلة ، ولم يقع الطلاق ؛ فقد ينظر الناظر إلىٰ أنهما قبلتا ، ثم أبطلنا قبول إحداهما ، وقد يخطِر له تقريب هـٰذا مما إذا كانت إحداهما محجورة ، والأخرىٰ مطْلَقة ، وليس الأمر كذلك . فنجعل كما لو قبلت إحداهما ، ولم تقبل الأخرىٰ ؛ فإنا أبطلنا القبول في حق التي قبلت ، وجعلنا كأنها لم تقبل ، فوجود ذلك القبول وعدمه بمثابةٍ ، ووضوح ذلك يغني عن كشفه . وقبول السفيهة صحيح إذا

---

(١) في الأصل : « عنها » .

انفردت ، فإن الطلاق يتعلق به ، وإن كان رجعياً .

فصل

٨٨٧١ـ ثم قال الشافعي : «ولو قال لهما : أنتما طالقان إن شئتما . . . إلىٰ آخره»[١] .

مضمون هـٰذا الفصل قد سبق موضحاً ، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شئت ولم يذكر عوضاً ، اقتضىٰ ذلك مشيئةً على الاتصال ، وإذا قال لها : أنت طالق بألف إن شئت ، فقد ذكرنا تردد **الأصحاب** في ذلك ، واخترنا/ أنه يكفيها أن تقول : شئت ، ثم ذكر **الشافعي** فرضَ الكلام في امرأتين بأن يقول الزوج لهما : أنتما طالقان بألف إن شئتما ، والغرض لا يختلف ، وإنما قصد الشافعي أنه لا بد من [مشيئتهما][٢] . وهـٰذا بيّن مبيّنٌ على الأصول المقدمة .

١٠٠ ش

فصل

قال الشافعي رضي الله عنه : « ولو قال له أجنبي : طلق فلانة ولك عليّ ألف . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٨٨٧٢ـ غرض الفصل أن بذل المال على الطلاق من الأجنبي جائز وإن لم تشعر المرأة ، ولم تأمر ، وهـٰذا لا خلاف فيه . والتردُّدُ الذي ذكرناه في صدر الكتاب في الخلع الذي يختلف القول في كونه فسخاً أو طلاقاً ، فأما الطلاق نفسه ، فيجوز للأجنبي بذلُ المال عليه ، ثم يصح منه أن يختلع [امرأةً][٤] علىٰ عينٍ من أعيان مال نفسه ، ويصح منه أن يختلعها علىٰ مالٍ يلتزمه في ذمته ، ثم إذا انفرد بذلك ، نفذ اللزوم عليه ، ولم يجد مرجعاً .

وإن أمرته المرأة بأن يختلعها ، نُظر : فإن شرطت له الرجوعَ [عليها][٥] بما يغرَم ،

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٦٢ .

(٢) في الأصل : مشيئتها .

(٣) ر . المختصر : ٤/ ٦٣ .

(٤) في الأصل : امرأته .

(٥) في الأصل : عليه .

رجع إذا غرِم ، وإن أطلقت الإذن ، فغرم الأجنبي ، فهل يرجع عليها ؟ فعلىٰ **وجهين** . وكان **شيخي** يقول : من ضمن مالاً عن إنسان بإذنه ، ولم يشترط الرجوع عليه ، فإذا غرِم ، ففي الرجوع خلافٌ مشهور .

وإذا وكل رجلٌ رجلاً حتى اشترىٰ له عبداً بمال في الذمة ، فاشترىٰ ، وغرم الثمن ، فالمذهب الذي يجب القطع به أنه يرجع على الموكِّل ، وذلك أنه حصّل له/ ملكاً بعوض ، فيبعد أن يعتقد المشتري سلامةَ الملك له في المبيع من غير عوض . وإذا اعترف الموكِّل بالتوكيل ، لم يختلف **الأصحاب** في أنه لو أراد البائع مطالبته بالثمن ، أمكنه ، فالإذن في البيع إذاً بمثابة الإذن في الضمان مع التقيد بالرجوع .

ي ١٠١

وأبعد بعضُ **أصحابنا** ، فألحق المشتري إذا ضمن بالضامن إذا غرم . وهـٰذا بعيد .

والمرأة إذا أذنت لأجنبي في الاختلاع ، ولم تذكر الرجوع عليها ، فهـٰذا بين الضمان وبين التوكيل بالشراء : شَبَهُه بالتوكيل من جهة أن منفعة الخلاص تعود إليها ، كما أن الملك في المبيع يقع للموكِّل بالشراء . ويُضاهي الضمانَ من جهة أن الضامن يُتصور أن ينفرد بالضمان والأداء ، والأجنبي يُتصور أن ينفرد بالاختلاع والتخليص .

فهـٰذا بيان هـٰذه المنازل . وحقيقةُ القول في الوكيل بالخلع والاختلاع ستأتي في فصلٍ مفرد بعد هـٰذا ، إن شاء الله عز وجل .

٨٨٧٣ـ ثم اختلاعُ الأجنبي الزوجةَ مع كونه مُجْمَعاً عليه خارجٌ علىٰ مذهب الافتداء ؛ فإن المرأة في أسر الزوجية ، [وحِبَالة][(1)] النكاح ، وقد سمى الله تعالى الاختلاعَ افتداءً ، وأثبته علىٰ صيغةٍ تُشعر بالرخصة ، فقال عز وجل : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] وشبه **الشافعي** اختلاعَ الأجنبي بافتداء الأسرىٰ .

ولو قال الرجل لمالك المستولدة : أعتقها/ ، ولك ألف ، أو علىٰ ألف ، فأعتقها ، استحق الألفَ المسمىٰ علىٰ باذله ، وخرج هـٰذا علىٰ مذهب التخليص والافتداء ؛ فإن الملك في رقبة المستولدة لا يقبل النقل ، كحق الزوج في زوجته .

ي ١٠١

ولو قال الرجل لمالك عبدٍ : أعتقه عنّي بألفٍ ، فأعتقه ، صح ، ووقع العتق عن

(١) في الأصل : وجعالة .

المستدعي بناء علىٰ تقدير انتقال الملك إليه أولاً ، ونفوذ العتق عن المستدعي في ملكه .

ولو قال : أعتق عبدك عن نفسك بألف ، فأعتقه ، ولو قال : [أعتقه بألف][١] ، ولم يضف العتق إلىٰ نفسه ، فأعتقه ، وقع العتق عن المالك . وهل يستحق العوض على المستدعي ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه لا يستحقه إذا[٢] كان من الممكن أن يقابل المالَ المبذول بنقل الملك إليه ونفوذ العتق عليه ، وهـٰذا لو فعله ، كان علىٰ قياس المعاوضة ، فإذا كان قياس المعاوضة ممكناً ، فالمعاملة التي مساغها الافتداء يبعد أن تنفذ ؛ إذ محلها الضرورة .

ولو قال : أعتق أم ولدك عني بألف ، فإذا أعتقها ، وقع العتق ، ولم يستحق على المستدعي شيئاً ؛ فإنه شرط في استحقاق المال عليه وقوع العتق عنه . هـٰكذا ذكر **الأصحاب** .

ولو قال الأجنبي للزوج : « طلق زوجتك عني بألف » ، فطلقها ، فالوجه القطع أنه يستحق الألف ؛ فإنه لا تخيّل لوقوع الطلاق عن المستدعي ، ووقوع/ العتق عن المستدعي ممّا يُتخيل على الجملة . نعم ، لا يمتنع أن يقال : يفسد لفظ الأجنبي بقوله : « طلقها عني » . ثم أثر فساد اللفظ الرجوعُ إلىٰ مهر المثل . ١٠٢ ي

والذي يتعلق بتمام البيان في المسائل أن الأجنبي إذا قال : « طلقها بألفٍ أو علىٰ ألفٍ » ، فإذا طلقها ، استحق عليه الألف . ولو قال الأجنبي : « طلقها ولك ألف » فقد ذكرنا تردُّداً في أن المرأة لو استدعت الطلاق بهـٰذه [الصيغة ، فهل][٣] يُستحق العوض عليها . والأجنبي [أولىٰ بالتردّد من المرأة][٤] ؛ فإنه أبعد عن غرض الخلع ، فكان جانبه أولىٰ بصلةٍ مصرِّحة بمعنى المعاوضة .

---

(١) في الأصل : « أعتقتُه بألف » .

(٢) إذا : بمعنىٰ (إذ) ، وهو استعمال سائغ عليه شواهد من الشعر والنثر ، كما أوضحنا ذلك قبلاً .

(٣) في الأصل : بهـٰذه الصفة فهو .

(٤) عبارة الأصل : « والأجنبي من على المرأة » ولعل فيها سقطاً أو تصحيفاً . والحمد لله ما قدرناه وجدناه بنصه في (صفوة المذهب) .

فَصْلٌ

قال : « ولا يجوز ما اختلعت به الأمة إلا بإذن سيدها . . . إلىٰ آخره »[١] .

٨٨٧٤ـ الأمة إذا اختلعت نفسها عن زوجها ، فلا يخلو إما أن تختلع بإذن السيد أو تختلع بغير إذنه . فإن اختلعت بإذن السيد ، لم يخل إما أن تختلع علىٰ عينٍ من أعيان مال السيد ، وإما أن تختلع بمالٍ ملتزَم في الذمة . فإن اختلعت بإذن السيد علىٰ عين من أعيان ماله ، صح ذلك ، واستحق الزوج تلك العين . فإن اختلعت بعوض ملتزَم تعلّق العوض بكسبها ، وكان عوض الخلع عليها بمثابة الصداق على العبد المأذون له في النكاح ، ويُخرَّج في بدل الخلع [القول القديم][٢] في أن السيد هل يصير بنفس/ الإذن ضامناً لعوض الخلع ، وهـٰذا أجريناه في الصداق ، ولا فرق بينه وبين الخلع . ش ١٠٢

هـٰذا إذا اختلعت بإذن السيد .

٨٨٧٥ـ فأما إذا اختلعت نفسَها عن زوجها بغير إذن مولاها ، فلا يخلو إما أن تختلع بمالٍ في الذمة ، أو تختلع [بعين من أعيان][٣] الأموال . فإن اختلعت بمالٍ في الذمة ، فقد تردد الأئمة في هـٰذا ، فذهب طوائفُ إلىٰ أن اختلاعها فاسد ، والمراد بفساده فساد التسمية ، أما البينونة فواقعة ، والمال يلزم ذمةَ الأمة على التفصيل الذي سنذكره في التفريع ، إن شاء الله تعالىٰ . هـٰذا ما ذكره الصيدلاني وشيخي وبعض المصنفين .

وقطع الشيخ أبو علي جوابه بأن الخلع يصح ، والمسمىٰ يثبت . فحصلنا علىٰ وجهين . وقد ذكرت اختلاف الأصحاب في العبد لو ضمن مالاً بغير إذن مولاه ، فهل يصح ضمانُه أم لا ؟ وذكر الشيخ أبو علي في هـٰذا الفصل أن العبد لو اشترىٰ شيئاً بغير إذن مولاه ، ففي صحة شرائه وجهان ، وقد فصلنا هـٰذا فيما تقدم في موضعين .

والذي يتعلق بغرضنا الآن في ضمان العبد بغير إذن مولاه وجهان ، وفي اختلاع

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٦٣ .

(٢) في الأصل : « والقول القائم » وهو تصحيف واضح ، والتصويب من (صفوة المذهب) .

(٣) في الأصل : بغير أعيان الأموال .

الأمة بغير إذن مولاها وجهان . والضمان والاختلاع في مرتبةٍ واحدة ؛ لأنه لا يتضمن واحد منهما تصرفاً في حق المولىٰ ، لا في الرقبة ، ولا في الكسب [وإنما][١] تفرض المطالبة بالملتزم بعد العتق [إذا][٢] فرض يوماً من الدهر/ .

١٠٣ ي

وإذا اشترى العبد بغير إذن مولاه ، ففي صحة الشراء وجهان مرتبان على الضمان ، والشراءُ أولىٰ بألا يصح ؛ لأن من ضرورته ثبوت الملك [في][٣] المبيع ، ويستحيل أن يملكه العبد ، وإن ملكه المولىٰ قهراً ، كان بعيداً . ثم إن صححنا الضمان ، لم يطالب العبد من مكاسبه ، ولا تتوجه [عليه][٤] الطَّلبة ما دام الرق . وإن أفسدنا الضمان ، فأثر إفساده إلغاؤه ، حتىٰ لا تتوجه الطَّلبة بالمضمون بعد العتق أيضاً .

[وأما الاختلاع][٥] فسواء أفسدناه أو صحَّحناه ، فالبينونة واقعة ، والأمة مطالبة إذا أعتقت . وأثر الخلاف ثبوت المسمّىٰ ، ولا مطالبة به إلا بعد العتق . وإن أفسدنا الاختلاع ، فالحكم ثبوت مهر المثل ، والمطالبة به بعد العتق .

وأما التفريع في البيع إذا صححناه ، فقد مضىٰ مستقصىً في كتاب البيع .

٨٨٧٦ـ ومما نفرعه اختلاع المكاتبة ، فإذا لم نصحح اختلاع الأمة ، لم نصحح اختلاعها بعوض ملتزم في الذمة ، ولـٰكن البينونة واقعة ، والطَّلبة تثبت بعد العتق ؛ فإن بدل عوض الخلع مشبَّهٌ بالتبرع ، وبذل ما يستغنىٰ عن بذله .

وإن جرى اختلاعها بإذن المولىٰ ، فهو [كالتبرع][٦] بإذنه ، وفي تبرع المكاتب بإذن المولىٰ قولان سيأتي ذكرهما ـ إن شاء الله عز وجل ـ في كتاب الكتابة ، والغرضُ أن نبين أن اختلاعها بمثابة تبرعها/ .

١٠٣ ش

---

(١) في الأصل : وإنها .
(٢) في الأصل : وإذا .
(٣) في الأصل : من .
(٤) في الأصل : عليها .
(٥) في الأصل : « وإن العتق » وما بين المعقفين تقديرٌ منا علىٰ ضوء السياق والسباق ، وهو قريب من لفظ العز بن عبد السلام في الغاية .
(٦) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

٨٨٧٧ـ وإن اختلعت الأمة بعينٍ من أعيان مال السيد من غير إذنه ، فالزوج لا يستحق العين . ولـٰكن إن جعلنا الأمة من أهل الاختلاع في الذمة ، فهي كالحرة تختلع بمالٍ مغصوبٍ ، غيرَ أن الحرة قد تطالب إذا كانت موسرة ، والأمة بمثابة الحرة المعسرة بمطالبتها بعد العتق . ثم فيما تطالب به **قولان** : **أحدهما** ـ أنها بعد العتق تطالب بقيمة تلك العين المذكورة عوضاً .

والثاني ـ أنها تطالب بمهر المثل .

وكل ذلك تفريع علىٰ أن الأمة من أهل الاختلاع .

فإن لم نجعلها من أهل الاختلاع ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل قولاً واحداً ؛ فإن إحالة الفساد علىٰ خروجها من أن تكون من أهل الاختلاع أولىٰ وأقرب ، فإذا كانت إحالة الفساد علىٰ غير العوض ، فالوجه الرجوع إلىٰ مهر المثل . والأمر في هـٰذا قريب .

والمكاتبة إذا اختلعت بعينٍ من أعيان مالها بغير إذن المولىٰ ، فالزوج لا يستحق تلك العين ، وهي كالأمة إذا اختلعت بعينٍ من أعيان مال السيد ، فإن اختلعت بإذن السيد ، ففي المسألة **قولان** مبنيان علىٰ تبرع المكاتب بعينٍ من أعيان ماله .

هـٰذا منتهى المراد .

وزعم **صاحب التلخيص** أن اختلاعها بإذن المولىٰ لا يصح ، وإن صححنا تبرعها بإذن المولىٰ . وهـٰذا مزيف متروك لا حاصل له .

فَصْلٌ[١]

ي ١٠٤ **قال : « وإذا أجزتُ/ طلاق السفيهة بلا شيء . . . إلىٰ آخره »**[٢] .

٨٨٧٧/ م ـ لا [يختلف][٣] المذهب أن السفيه ينفذ طلاقه ، وهو مما لا يدخل تحت الحجر المطرد بسبب السفه ، وليس الطلاق كالعَتاق ، والفارق أن الطلاق

---

(١) من هنا ، من أول الفصل بدأ العمل عن نسخة مساعدة ، هي التي رمزنا إليها بـ (ت٦) .

(٢) ر . المختصر : ٤/ ٦٤ .

(٣) في الأصل : يخالف ، والمثبت من (ت٦) .

لا يُتلف ما يلتحق بالأموال المحضة ، والإعتاق إتلافٌ محض ، ولا ينفذ من المبذر التصرفاتُ في المال ، ولا يصح منه الاستقلالُ بالنكاح ، ويصح النكاح بعبارته إذا أذن الولي ، فلو أذن له في [بيعٍ خاص][1] علىٰ حسب المصلحة ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يصح كالنكاح .

والثاني ـ لا يصح ؛ لأن النكاح من حاجته وضرورته ، وليس محضَ مال ، ولٰكن وقف على الإذن لما فيه من استحقاق المهر . وأما البيع ، فتصرف في المال المحض .

ثم إذا كان طلاق المحجور نافذاً ، فلو طلق بمال ، نفذ ، وصح ، قلّ المال أو كثر ؛ لأن طلاقه إذا كان ينفذ من غير عوض ، فلأن ينفذ مع العوض أولىٰ .

والعبد يطلِّق مجاناً ، ولو طلق علىٰ مال ، صح ونفذ ، ودخل المال في ملك المولىٰ قهراً ، كما يدخل في ملكه ما [يحتطبه][2] العبد وما يصطاده ، واختلف **الأصحاب** فيما يتّهبه العبد من غير إذن المولىٰ ، كما تقدم ذكره ، والفرق بين الهبة وبين بدل الخلع واضح مذكور في موضعه .

ثم إذا خالع السفيه علىٰ مالٍ وحكمنا[3] بصحته ، [لم][4] نفرق بين أن يكون البدل المسمىٰ مثلَ مهر المثل ، أو أقل منه . ثم ما/ يأخذه من البدل لا يترك تحت يده ١٠٤ ش [بل][5] يلتحق بسائر أمواله ، فيمتنع[6] تصرفه فيه ، وإن لم يكن عليه حجرٌ في تحصيل هٰذا [العوض][7] أصلاً ومقدارً ، وكذلك إذا احتش ، أو احتطب ، أو اتّهب ، فما يحصل [بهٰذه][8] الجهات باختياره ، فالحجر عليه مطرد في جميعه[9] .

---

(١) في الأصل : في مبيع خص . والمثبت من (ت٦) .
(٢) في الأصل : يخبطه .
(٣) في (ت٦) : وقضينا .
(٤) في الأصل : ولم .
(٥) في الأصل : من . والمثبت من (ت٦) .
(٦) في (ت٦) : ويمتنع .
(٧) في الأصل : الغرض . والمثبت من (ت٦) .
(٨) في الأصل : فهٰذه .
(٩) (ت٦) : جميعها .

فصل

قال : « ولو اختلفا ، فهو كاختلاف المتبايعين . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٨٧٨ـ إذا اختلف المتخالعان بعد جريان الخلع في قدر بدل الخلع ، أو صفته ، أو جنسه ، فقال الرجل : قد خالعتك علىٰ ألفٍ ، وقالت : بل علىٰ خمسمائة ، أو قال : خالعتك علىٰ ألفٍ صحاح ، فقالت : بل مكسرة ، أو قال : خالعتك علىٰ خمسين ديناراً ، فقالت : بل علىٰ ألف درهم . فإذا اختلفا علىٰ وجهٍ من هٰذه الوجوه ، فإنهما يتحالفان ، والفرقة لا ترتد ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ؛ فإن البضع في حكم المبيع الفائت ؛ وإن اختلف المتبايعان علىٰ وجهٍ من الوجوه التي ذكرناها في الثمن ، وكان المبيع قد تلف في يد المشتري ، فمذهبنا أنهما يتحالفان ، والبائع يرجع على المشتري بقيمة المبيع ، فمهر المثل في معنىٰ قيمة المبيع .

وإذا اختلفا في العدد ، والمسؤول ، فقالت المرأة : طلَّقَني ثلاثاً سألتُها بألف ، وقال الرجل : بل طلقتك واحدة سألتِها بألفٍ ، فهٰذا الاختلاف يجر التحالف أيضاً . ولٰكن القول قول الزوج في نفي ما عدا الواحدةَ المقرَّ بها .

ي ١٠٥ وأثر الاختلاف والتحالف/ يرجع إلىٰ بدل الخلع ، فإذا تحالفا ، سقط البدل المسمىٰ ، ويرجع الزوج عليها بمهر مثلها . وإنما لم يؤثر [اختلافهما في تغيير أمر الفراق ؛ لأن الطلاق][(٢)] لا مرد له ، ولا يتصور نقضه[(٣)] ، فيجري في أصله على القياس الذي يقتضيه الشرع . وإذا كان الزوج هو المطلق ، فالقول قوله في الأصل ، ثم في العدد ، واختص أثر الخلاف[(٤)] بالعوض ؛ فإنه يلحقه الفسخ ، والرد ، والفساد ، والاستبدال ، وهٰذا بمثابة اختلاف الزوجين في مقدار الصداق ، وإذا تحالفا ، اختص أثر التحالف بالصداق وتسميته ، والنكاح قائم لا يزول بفرض الاختلاف في مقدار

---

(١) ر . المختصر : ٤/ ٦٤ .

(٢) في الأصل : اختلافها في تعيين محل الاختلاف : لأن الفرق . والمثبت من (ت٦) .

(٣) (ت٦) : تعقبه .

(٤) (ت٦) : الاختلاف .

العوض ؛ والسبب في ذلك أن البدل في النكاح والخلع ليس ركناً ، بل هو في حكم الدخيل الذي يستقلّ الفراق دونه .

٨٨٧٩ـ ومما يتصل بهـٰذا الفصل نصٌّ نقله **القفال** عن (**الكبير**)[1] ونحن ننقله علىٰ وجهه ، ونذكر كلام **الأصحاب** فيه ، ثم نوضّح المسلك الحقَّ الذي لا سبيل إلىٰ مخالفته ، قال : نص في (**الكبير**) علىٰ **أن المرأة لو قالت لزوجها : سألتك أن تطلقني ثلاثاً بألفٍ فطلقتني واحدة ، وقال الرجل** : بل **طلقتك ثلاثاً ، كما استدعيتِ** . قال **الشافعي : إن لم يكن قد طال الفصل ، وقع الثلاث ، وإن طال الفصل ، ومضىٰ ما يبطل**[2] **خيار القبول ، فالطلقات واقعة بإقرار الزوج ، ويتحالفان ؛ لأنه يدعي عليها كمال الألف وهي/ تقرّ بثلثها ، وإذا تحالفا ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل** .

١٠٥ ش

[هـٰذا هو النص ، والوجه أن نبين طريق الإشكال في الاتصال ، ونذكر ما قال **الأصحاب**][3] في هـٰذا الطرف .

ثم نذكر وجه الإشكال في الانفصال ، ونبين ما قيل فيه ، ثم ننص علىٰ ما هو الحق عندنا .

فأما إذا قرب الزمان ولم يمض ما يفصل الإيجاب عن القبول ، فقال الزوج ما قال ، والزمان متصل ، فالنص يقتضي أن الزوج يستحق المسمّىٰ ، ونجعل قوله الصادر منه بمثابة إنشاء الطلاق ؛ فإنه لم ينفصل بعدُ الإيجابُ عن القبول ، والإنشاءُ ممكن . هـٰذا معنى النص ، وظاهرُ الكلام .

ووجه الإشكال فيه أن الزوج إن كان طلّقها قبل هـٰذا القبول طلقةً واحدة ، [فقد][4] بانت بها ، [وإذا بانت][5] بواحدة ، لم يلحقها بعد الواحدة طلاق ، وإن قرب الزمان ،

---

(١) الكبير : ويسمى الجامع الكبير ، وهو الأم ، وهـٰذا النص موجودٌ في الأم المطبوع : ٥/١٩٠ .
(٢) (ت٦) : « فليبطل » بدل « ما يبطل » .
(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من (ت٦) .
(٤) في الأصل : فقبلت .
(٥) زيادة من (ت٦) .

فما معنىٰ تنزيل قوله على الإنشاء ؟ ولو فرض الإنشاء ، لما وقع على التحقيق الذي ذكرناه . هـٰذا وجه الإشكال .

٨٨٨٠ـ ومما ذكره **المحققون** في محاولة حلّ هـٰذا الإشكال ما لا يتبين [إلا بتقديم مقدّمة][1] : فإذا قال الرجل لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق وطالق ، تلحقها الطلقةُ الأولىٰ ، وتبين بها ، ولا تلحقها الثانية . ولو قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق . فإذا دخلت الدار ، فهل يلحقها طلقتان ، أم لا يلحقها إلا واحدة ؟ فعلىٰ **وجهين** ، سيأتي أصلهما ، والتفريعُ عليهما في كتاب الطلاق ، إن شاء الله عز وجل .

ي ١٠٦ فإذا بانت المقدمة قال قائلون بعدها : إذا استدعت المرأة طلقتين أو ثلاثة/ بمال ، فقال الزوج في جوابها : « أنت طالق [وطالق][2] » ، ففي لحوق الطلقة الثانية **الوجهان** المذكوران فيه إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : « إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق » . والجامعُ أن صفة الدخول تجمع الطلقتين المعلّقتين به ، وكذلك استدعاء المرأة يجمع قولي الزوج إذا قال : أنت طالق وطالق ؛ فإن استدعاءها في الطلقة الثانية علىٰ حسب استدعائها في الأولىٰ ، وكذلك القول في الثالثة إن فرضت علىٰ صيغة العطف والتقطيع .

ثم هـٰذا القائل يقول : إن كان الزوج طلق طلقة بثلث ألف ، والزمان بعدُ علىٰ حد الاتصال ، فلا يفوت تطليقٌ آخرُ يُنشئه في إسعافها بالطلاق علىٰ **أحد الوجهين** ، فينتظم علىٰ هـٰذا إمكان الإنشاء ، وإن سبق تطليقٌ بجزء من الألف . ووراء ذلك سؤال سنورده ونجيب عنه ، إن شاء الله تعالىٰ .

هـٰذه طريقة أوردناها في **الدروس** ، وهي غير مرضية ؛ فإن الذي يجب القطع به أن المرأة إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال في جوابها : أنت طالق وطالق [وطالق][3] لا يقع إلا طلقة واحدة ، وهي الأولىٰ ؛ فإنها تبين بالأولىٰ ، ولا تلحقها الثانية والثالثة

---

(١) في الأصل : إلا بتقدمة .
(٢) زيادة من : (ت٦) .
(٣) زيادة من نسخة : (ت٦) .

بعد البينونة ، ويكون هٰذا كما لو قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق وطالق ، فتبين بالأولىٰ ، ولا تلحقها الثانية ، وليس ذلك بمثابة ما لو قال لها : أنت طالق/ وطالق إن دخلت الدار ؛ وذلك أن وقت الطلاقين ينطبق علىٰ أول الدخول ، ويتحقق اجتماعهما في الزمان ، فليس أحدهما أولىٰ بالوقوع من الثاني ، وإذا أنشأ ، فالإنشاء مأخوذ من لفظه ، واللفظُ مرتب ، ويستحيل أن يقع معنى اللفظ الثاني قبل اللفظ . وإذا كان يقع مع اللفظ واللفظ مؤخر عن الأول ، فلو وقع باللفظ الثاني طلاقٌ ، لصادف بائنةً ؛ وهٰذا بعينه يتحقق في جواب السائلة غداً بمال ، فإنه إذا قال : أنت طالق وطالق ، فيقع طلاق مع فراغه عن اللفظ الأول ، فلو وقع بالثاني طلاق [آخر][1] ، لكان بعد البينونة بالطلاق الأول لا محالة ، [والبائنة][2] لا تطلق عند **الشافعي** ؛ فلا وجه لتخريج وجه في وقوع ما ينشئه ثانياً بعد وقوع الأول .

٨٨٨١ـ ولو قال قائل : « أحمل كلام **الشافعي** علىٰ ما إذا قالت : سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدةً بألف ، ورامت بذلك ألا يقع شيء ، ولا **يلزمها** من البدل شيء » ، فلا معنىٰ [للإطناب][3] في هٰذا الفن ؛ فإن النص مصرح بخلافه ، ومحلُّه مفروض[4] فيه إذا قالت : استدعيتُ ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة ، وأطلقتْ ، ثم مقتضىٰ[5] إطلاق الطلاق الواحد أن يقع بثلث المسؤول . هٰذا هو النص .

علىٰ أنا قد حكينا عن **الأصحاب** خبطاً في الصورة التي ذكرناها ، وهي إذا سألت ثلاثاً بألف ، فقال/ : أنت طالق واحدة بألف ، فهٰذا مما حكينا فيه كلامَ **الأصحاب** وأوردنا عليه المباحثات من جهتنا ، فلا حاصل لحمل الكلام علىٰ هٰذا المحمل والتطويل لا يفيد .

فإن قيل : أي غرضٍ في الحمل علىٰ هٰذه الصورة ؟ قلنا : لو جرىٰ جارٍ على

١٠٦ ش

١٠٧ ي

---

(١) سقطت من الأصل ، والمثبت من : (ت٦) .
(٢) (ت٦) : الثانية .
(٣) في الأصل : للإيجاب .
(٤) في الأصل : ومفروض .
(٥) (ت٦) : حكم .

القياس ، لقال : إذا استدعت ثلاثاً بألف ، فقال في جوابها : أنت طالق واحدة بألف ، فلا يقع شيء ، ولا يكون ما جاء به جواباً لها ، فإذا كان الزمان على القرب والاتصال ، فيتصور منه إسعافها على الموافقة الآن ، فإذا تصور المساعفة ، انبنىٰ عليه حمل قول الزوج علىٰ إنشاء الطلاق ، ولـٰكن لا نرى الحمل علىٰ هـٰذا المحمل ، والنص ظاهره وفحواه يخالف هـٰذه الصورة .

٨٨٨٢ـ ثم وراء ذلك كله إشكال عتيد ، وهو أن الزوج أقرّ بأنه طلقها ثلاثاً ، ولم ينشىء الطلاق[١] ، وقوله متردد بين الصدق والكذب ، فكيف يقع الطلاق ؟ وسبيل الجواب أن من يملك إنشاء شيء فقد يجعل إقراره بمثابة إنشائه له ، ولهـٰذا نظائر عند **الأصحاب** ، منها : أن الزوج إذا ادّعىٰ أنه ارتجع زوجته ، فأنكرت الزوجةُ الرجعةَ في [بقاء][٢] العدة ودوامها ، فنفسُ إقرار الزوج بالارتجاع [قد نجعله][٣] إنشاءَ ارتجاع ، وإن كان كاذباً ، وسأذكر هـٰذا وأجمع إليه نظائره في كتاب الرجعة ، إن شاء الله تعالىٰ .

ش ١٠٧ وما ذكرناه من تنزيل الإقرار/ منزلة الإنشاء مشكلٌ لا يستقيم فيه تعليلٌ فقيه ، كما سنوضحه في المحل الذي ذكرناه ، ولـٰكن لو قدّرنا أن الأمر كذلك ، فلا انتفاع بهـٰذا مع ما قدمناه من أن الطلاق السابق يمنع إنشاء الطلاق بعده ، وإن قرب الزمان .

وإذا انحسم إمكان الإنشاء مع قرب الزمان ، فلا معنىً للانشغال مع ذلك بتنزيل الإقرار منزلة الإنشاء ، ولم [يُحوِّم][٤] أحد من **الأصحاب** علىٰ هـٰذا الإشكال والاعتناء به إلا **شيخنا أبو بكر**[٥] ؛ فإنه حوّم ، ولم يَرِدْ ، فكان كالذي ينتبه ثم يتغافل .

٨٨٨٣ـ ونحن نذكر الآن وجه الحق ونقول : إذا قالت المرأة : سألتك ثلاثاً بألف

---

(١) (ت٦) : الثلاث .
(٢) زيادة من (ت٦) .
(٣) في الأصل : فجعله .
(٤) في الأصل : يَحُمْ . ورجحنا المثبت من (ت٦) لأنه المعهود في لفظ الإمام .
(٥) شيخنا أبو بكر : المراد به الصيدلاني .

فطلّقتني واحدةً ، فقال [الزوج][١] ما طلقتك قبلُ ، وإنما أطلقك الآن ، ثم طلّقها ، والزمان قريب ، والوقت متصل ، فالوجه القطع بأن الثلاث تقع ، ويستحق الزوج المسمىٰ بكماله ، بناءً علىٰ ما ذكرناه من اتصال الوقت ، وما ادّعته عليه من التطليق الواحد لو تحقق ، لامتنع نفوذُ غيره ، ولـٰكن القول قولُ الزوج في نفي ما ادعته قبلُ ؛ فإنه المطلِّق وإليه الرجوع في النفي والإثبات ، والعدد والمقدار . هـٰذا علىٰ [هـٰذا][٢] الوجه متجه .

ولو قال الزوج : قد طلقتك قبلُ ثلاثاً ، وهي تزعم أنه طلقها واحدة ، فلا [ينفع][٣] ـ والصورة هـٰذه ـ قُرْبُ الزمان ؛ فإن الإنشاء بَعْدَ ما مضىٰ غيرُ ممكن .

بقي أن الزوج هل يصدق في أنه/ طلقها ثلاثاً أم لا ؟ والوجه المبتوت الحكم[٤] بوقوع الثلاث لإقراره بها ، ولـٰكن لا يقبل قوله عليها في استحقاق تمام المسمىٰ[٥] ؛ فإن الرجوع إليها فيما يستحق عليها ، كما أن الرجوع إليه في عدد الطلاق .

١٠٨ ي

وهـٰذا بمثابة ما لو قال القائل : إن رددت عليّ عبيدي الثلاثة الأُبَّق[٦] ، فلك ألف . فقال المجعول له : قد رددتهم ، فلا يقبل قوله ، ولا يستحق من الجعل شيئاً ما لم يثبت الردّ بالبينة أو بإقرار الجاعل ، فالوجه إذاً أن نقول : لا يستحق عليها إلا الثُّلثُ ؛ فإن هـٰذا المقدار متفق عليه ، والباقي متنازع فيه ، فالقول قولها مع يمينها .

هـٰذا هو الذي [لا][٧] يجوز غيره [وإنما][٨] يحرص الحارص علىٰ تخريج وجهٍ

---

(١) زيادة من (ت٦) .
(٢) زيادة من المحقق ، حيث سقطت من النسختين .
(٣) في الأصل : يقع .
(٤) (ت٦) : أنا نحكم .
(٥) (ت٦) : استحقاق المسمىٰ بكماله .
(٦) الأُبّق علىٰ وزن فعّل مضعف العين المفتوحة ، وهو مطرد في فاعل صحيح اللام صفة ، مثل راكع وركّع ، ولـٰكن المسموع الوارد في المعاجم (اللسان والمصباح) أُبّاق ، علىٰ وزن فاعل وفعال ، مثال : كافر وكفار .
(٧) سقط من الأصل . وزدناه من (ت٦) .
(٨) زيادة من (ت٦) .

لقولٍ مشكل إذا كان يتطرق إليه إمكان . فأما إذا لم ينسلك فيه ظن[(١)] ، فلا وجه لمصادمة القطع . والسبيل في مثل هـٰذا الحملُ على الزلل في النقل ، أو الخلل في النسخ[(٢)] ، ولا معصوم إلا من عصمه الله تعالىٰ .

هـٰذا منتهى الكلام في هـٰذا الطرف .

٨٨٨٤ـ وتمامه أن الزوج إذا قال : ما أجبتك قبلُ ، ولـٰكن طلقتك ثلاثاً الآن ، فقد ذكرنا أنه يستحق تمام المسمىٰ ، ولـٰكن يتوجه عليه يمينٌ من جهتها ، فتقول : تحلف بالله أنك لم تطلقني طلقة في جواب سؤالي قبيل هـٰذا . فيتعين عليه أن يحلف/ إن أراد المسمىٰ[(٣)] . وقد ذكر **الصيدلاني** اليمين في ذلك علىٰ هـٰذا الوجه ، ولـٰكنه [لم يَبُحْ بالتصوير][(٤)] على التفصيل الذي ذكرناه ، فإن أراد ما ذكرناه ، فقد طبق مفصل الحق ، [ولـٰكنه حوّم عليه][(٥)] ولم يَرِدْه ، وإن أراد أن المرأة تحلّفه[(٦)] : أنك ما طلّقتني واحدة [قَبْلُ ، والزوج يزعم][(٧)] أنه طلقها قبلُ ثلاثاً ، فلا خير في هـٰذه الصورة ؛ فإن الزوج إذا أسند قوله إلىٰ ما تقدم ، ولم ينكر إجابتها من قبل حتىٰ ينشىء الإجابة في الحال ، فيؤول الأمر إلى النزاع فيما كان ، وموجبه أن قول الزوج مقبول عليه في الثلاث ، ولا يُقبل قوله عليها في استحقاق المسمىٰ .

ش ١٠٨

ولست أبعد أن المنتهي إلىٰ هـٰذا الفصل ، إذا كان ذا فكرٍ قد يخطِر له أن مقصودها في الثلاث قد حصل [بحكمنا][(٨)] على الزوج وقضائنا بوقوع الثلاث ، فيجب أن يكون مصدّقاً في استحقاق المسمّىٰ .

---

(١) (ت٦) : الظن .

(٢) يشير إلى الخلل المحتمل في النص الذي فيه الكلام ، والذي نقله القفال عن (الكبير) وقد طرّق هـٰذا الاحتمال إلى النص أيضاً (العز بن عبد السلام) ولـٰكن جعله منقولاً عن الأم . مما يؤيد قولنا في تعليق سابق : إن الجامع الكبير هو بعينه (الأم) .

(٣) فإن نكل لم يجب المسمىٰ .

(٤) في الأصل : لم ينجح على التصوير .

(٥) زيادة من (ت٦) .

(٦) في (صفوة المذهب) : « تحلف » .

(٧) عبارة الأصل : قبل والزوج فزعم .

(٨) في الأصل : بحكمها .

وهـٰذا تلبيس لا يقنع به طالبُ غاية ؛ فإنا حكمنا عليه ظاهراً حكمنا في[1] **الأقارير** ، وقد لا يكون الأمر في الباطن كذلك . ومن الأصول الممهدة أن قول الإنسان مقبول فيما هو عليه ، وليس مقبولاً فيما يجب علىٰ غيره .

٨٨٨٥ـ وسيبين ما ذكرناه بذكرنا الطرف[2] الآخر ، فنقول : إذا انفصل الزمان ، فموجب النص أن الزوج لا يستحق كمالَ المسمىٰ ، ولو كان على الحكم بوقوع/ الثلاث معوّلٌ ، لقضينا باستحقاقه المسمىٰ [وإن][3] انفصل الزمان ؛ اعتماداً علىٰ قضائنا عليه بموجب إقراره .

١٠٩ ي

ثم **قال الشافعي** : لا يستحق المسمىٰ إذا طال الزمان ، وهـٰذا حق . وقال[4] فيما نقله النقلة : يتحالفان ؛ لأنه يدعي عليها كمال الألف ، وهي [تقرّ بثلثها][5] ، وهـٰذا أبعد عن التحقيق من الطرف[6] الأول ؛ فإن التحالف إنما يجري إذا كان الاختلاف آيلاً إلىٰ [صفة العقد][7] أو إلىٰ صفة عوضه ، فإذا حصل التوافق علىٰ أن المطلوب ثلاث والبدل ألف ، ووقع النزاع فيما وقع من الزوج ، [فالتحالف][8] في هـٰذا محال ، والوجه القطع بأنه لا يستحق عليها إلا القدر المتفق عليه ، وهو ثلث الألف . وإذا لم يتجه التحالف [لم يتجه الرجوع][9] إلىٰ مهر المثل .

ثم لا يخفىٰ[10] أن الزوج لو أراد أن يحلفها على المسلك الحق ، حلفها علىٰ نفي

---

(١) (ت٦) : بالأقارير .
(٢) المراد بالطرف الآخر ، حالة ما إذا انفصل الزمان ، ومضىٰ وقتٌ لا يصلح بعده إنشاء القبول .
(٣) في الأصل : وإذا .
(٤) (ت٦) : وفيما نقله النقلة (بدون قال) .
(٥) تقريب مثلها .
(٦) (ت٦) : طرف الأول .
(٧) في الأصل : إلىٰ صيغة الصفة أو إلىٰ صفة عوضه .
(٨) في الأصل : والتحالف .
(٩) عبارة الأصل : وإذا لم يتجه التحالف ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل .
(١٠) عبارة (ت٦) : ثم لا يخفىٰ أن الزوج لو أراد أن يحلفها ، لم يتجه الرجوع إلىٰ مهر المثل . ثم لا يخفىٰ أن الزوج لو أراد أن يحلفها على المسلك الحق حلفها علىٰ نفي العلم .

العلم ؛ فإن يمينها تتضمن نفي فعلٍ للغير . ومن الأصول التي تكررت في المعاملات وستقرر في الدعاوىٰ والبينات ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ أن اليمين إذا تضمنت نفي فعل الغير فصيغها نفي العلم .

فإن قال قائل : هلا قلتم : الزوج من وجهٍ مصدق في [التطليق][1] والمرأة مصدقة في عدم التزام [تمام][2] البدل ، فيتعارض الأصلان ، ولا يكون أحدهما أولىٰ بالتصديق/ من الثاني ، وإنما ينشأ التحالف من استواء الجانبين . ثم إذا تحالفا ، فلا وجه إلا الرجوع إلىٰ قيمة البضع الفائت ؟ قلنا[3] : إن كان لما نقله **الأصحاب** وجه ، فهو هـٰذا ، ولـٰكنه تلبيسٌ عندنا ؛ فإن الزوج في إقراره بمثابة البائع يدعي تسليمَ المبيع إلى المشتري وتلفه في يده ، مع إنكار المشتري للقبض . وهـٰذا بيّن لا غموض فيه . ش ١٠٩

فلم نغادر إذاً طرفاً لم ننته إليه نقلاً وإيضاحاً ، وغايتنا في هـٰذا الكتاب إنهاء كل فصلٍ نهايته . والله ولي التوفيق ، وهو بإسعاف راجيه حقيق .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : طلقتك بألفٍ ، فقالت : بل علىٰ غير شيء . . . إلىٰ آخره »[4] .

٨٨٨٦ـ إذا ادعى الرجل أنه طلقها علىٰ ألف ، فأنكرت التزام الألف قبولاً واستدعاء ، حكمنا بوقوع الطلاق علىٰ صفة البينونة علىٰ إقرار الزوج ، والقولُ في نفي البدل قولُها ، وهـٰذا يؤكد الأصلَ الذي مهدناه ، وإن كان وضوحه مغنياً عن الاحتياج إلى الاستشهاد ، ولـٰكن ذلك [النص][5] المشكل حكاه **القفال** عن **الأم**[6] ، ولم ينقله

---

(١) في الأصل : التعليق .

(٢) زيادة من (ت٦) .

(٣) (ت٦) : فأما إن كان .

(٤) ر . المختصر : ٤/ ٦٤ .

(٥) في الأصل : الفصل .

(٦) قال الإمام آنفاً : حكاه القفال عن (الكبير) ، وهنا يقول عن (الأم) ، وقد وجدنا النص في كتاب الأم : ٥/ ١٦٩ . فدلّ ذلك علىٰ أن (الكبير) هو بعينه (الأم) .

المزني ، وكل ما يضاف إلىٰ **الأم** ، فهو من **الأقوال القديمة**[١] .

٨٨٨٧ـ ولو قال السيد لعبده قد أعتقتك علىٰ ألفٍ ، فأنكر العبد التزام الألف ، نفذ الحكم بالعتق ، ولم يلزم المال . ولو قال : بعت منك إياك بألف ، فأنكر ، أو قال/ : بعت منك هـٰذا العبد بألف ، [فأعتقه][٢] ، فالعتق ينفذ في هـٰذه المسائل ، ولا يثبت المال على المنكر .

١١٠ ي

وبمثله لو قال : بعت منك هـٰذا العبد بألف ، ولي عليك ثمنه ، فأنكر المدعَىٰ عليه البيع ، فلا يؤمر المقِرُّ بتسليم العبد إليه ، والسبب فيه أن مستحِقَّ الحق في هـٰذه الصورة الأخيرة هو الذي ادعىٰ صاحبُ العبد كونه مشترياً وأنكر هو حقَّ نفسه ، فيستحيل أن يثبت حقه ، على الرغم منه ، والعتق في المسائل التي ذكرناها لله تعالىٰ فلا يرتد إذا جرى الإقرار به ، ومن الأصول الثابتة أن من أقر بشيئين وأحدهما يضره ، والثاني ينفعه قُبل قوله فيما يضره ، ورُدّ فيما يضر غيره .

فَرْعٌ : ٨٨٨٨ـ قال **صاحب التقريب** : إذا قالت المرأة : طلقني علىٰ شيء أو علىٰ مال ، فقال : أنت طالق علىٰ ألف درهم ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل والبينونة تقع بهـٰذا الذي بينهما . وسبب الرجوع إلىٰ مهر المثل أنهما لم يتراضيا علىٰ معلوم .

وهـٰذا يحتاج إلىٰ مزيد تفصيل ؛ فيجوز أن يقال : إذا قالت المرأة : طلقني علىٰ شيء فغرضها بذلك أن تلتمس [منه][٣] تطليقها علىٰ عوض ، حتىٰ إذا طلّقها علىٰ عوض قبلت ، هـٰذا ظاهرٌ في قول المرأة : طلقني بعوض ، أو طلقني بما تريد . لأتخلّص بقبول مرادك[٤] ، فعلىٰ هـٰذا لا يحكم بوقوع الفرقة .

---

(١) قول إمام الحرمين هنا : « كل ما يضاف إلى الأم ، فهو من الأقوال القديمة » مخالفٌ للمشهور المعروف من أن (الأم) الذي بأيدينا من عمل الشافعي بمصر ، ويبدو أن أسماء كتب الإمام الشافعي كانت تتداخل ، فكتابه البغدادي (الحجة) هو القديم بيقين ، وكان يُسمّي المبسوط ، وكان (الأم) أيضاً يسمىٰ (المبسوط) فمن مثل هـٰذا كان التداخل ، والوهم .
هـٰذا ويمكن أن تكون (الأم) مصحفة عن (الإملاء) . والله أعلم .

(٢) في الأصل : « فأَعتقه » والمثبت من (ت٦) ومن (صفوة المذهب) .

(٣) زيادة من : (ت٦) .

(٤) « لأتخلص بقبول مرادك » المعنىٰ لأتبين مرادك ، فأقبله ، فتقع البينونة ، فكأنها تستنطق منه =

ش ١١٠ وسبيل التفصيل في ذلك أن نقول : إذا أرادت/ المرأة الاستدعاء الجازم ، المغني عن القبول ، فالحكم ما ذكره صاحب التقريب ، وتعليله بيّن . وإن زعمت أنها أرادت استنطاقه بشيء يقدّره لتقبله ، ففي قبول ذلك منها احتمالٌ ظاهر : يجوز أن يقال : لا يقبل ذلك منها ، ويحمل قولها على الاستدعاء الجازم ، كما لو قالت : طلقني بألف ، فقال طلقتك بألف ، ويجوز أن يقال : هـٰذا منها استنطاق الزوج بابتداء الإيجاب الذي يقتضي استعقابَ القبول . وفي المسألة احتمال ظاهر .

ولو قالت : طلقني بشيء ، فقال في جوابها : أنت طالق بشيء ، فالأظهر هاهنا حمل استدعائها على الجزم الذي يكتفىٰ به ، وليست [المسألة][1] خاليةً عن الاحتمال ، والعلم عند الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال : « ويجوز التوكيل في الخلع ، حراً كان ، أو عبداً . . . إلىٰ آخره »[2] .

٨٨٨٩ـ هـٰذا الفصل بقية الكتاب ، وهو من الفصول المنعوتة[3] ـ والله ولي التوفيق عند كل عسر ـ فليقع تصدير الفصل بمن يجوز أن يكون وكيلاً في الخلع ، فنقول أولاً : للزوج أن يوكل بالمخالعة ، وللمرأة أن توكل من يختلعها عن زوجها ، والتوكيل جارٍ[4] من الجانبين . ثم[5] نذكر وراء هـٰذا من يجوز أن يكون وكيلاً [للزوج في المخالعة ، ثم نذكر من يجوز أن يكون وكيلاً][6] للمرأة في الاختلاع .

٨٨٩٠ـ فأما الضبط فيمن يجوز أن يكون وكيلاً للزوج في المخالعة ، فقد قال **الأئمة**

= الإيجاب ، فإذا قال ما طلبته ، كان عليها القبول .

(١) مزيدة من : (ت٦) .

(٢) ر . المختصر : ٤/ ٦٤ .

(٣) كذا بحذف الجار والمجرور . فالمعنىٰ : المنعوتة بالعسر ، أو الغموض أو نحو ذلك ، يظهر هـٰذا من الدعاء : « والله ولي التوفيق عند كل عسر » .

(٤) (ت٦) : جاري . ولعل الأولىٰ : جائز .

(٥) (ت٦) : ثم نحن نذكر وراء ذلك .

(٦) زيادة من : (ت٦) .

الماضون : من ملك مباشرةَ الخلع لنفسه بنفسه ، تُصُوِّر أن يكون وكيلاً/ للغير في الخلع ، فللرجل أن يوكل حراً أو عبداً ، ومحجوراً عليه بالسفه ؛ فإن العبد يستبد بالمخالعة ، وكذلك المحجور المبذر .

١١١ ي

وقالوا : للمسلم أن يوكل ذمياً في مخالعة امرأته المسلمة ؛ إذ الذمي قد يخالع زوجته المسلمة ، وذلك بأن تسلم ذمية تحت ذمي بعد الدخول ، فإذا خالعها ، ثم جمعهما[(١)] الإسلام ، بان أن الخلع كان صحيحاً . وهـٰذا الذي ذكره **الأصحاب** منتظمٌ في النفي [والإثبات][(٢)] والطرد والعكس ، ولـٰكنْ فيه تقييد [ليس يفيد][(٣)] فقهاً علىٰ ما نؤثره .

ولو كان[(٤)] يتصور تطليق الذمي [زوجةً مسلمة][(٥)]، لصح أن يكون وكيلاً [المسلم][(٦)] في تطليق زوجته، تعويلاً علىٰ صحة عبارته. ولهـٰذا قلنا : الذمي على المذهب الأظهر [لا][(٧)]

---

(١) تصوير صحة الخلع من الذمي للمسلمة يكون بأن يتزوج ذمّي من ذمية ، ثم تسلم وحدها ، فإذا خالعها ، ثم جمعهما الإسلام ، بمعنىٰ أنه لحق بها مسلماً قبل أن تنقضي العدة ، فنتبين أن العقد الذي كانا عليه ماضٍ ، وبالتالي نتبين أيضاً أن الخلع كان صحيحاً .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) زيادة من : (ت٦) .

(٤) (ت٦) : ولو كان لا يتصور .

(٥) في الأصل : زوجة المسلم .

(٦) زيادة من (ت٦) .

(٧) زيادة من المحقق ، حيث سقطت من النسختين . وأقول : سقطت ، بمعنىٰ أنها سقطت من الناسخ ، وتوارد عليها النساخ ، ولم تسقط من الإمام ، ودليلنا علىٰ ذلك أمران :

الأول : بناء العبارة ، فالقول بالجواز مخالف للضابط الذي قرره الإمام ، وساق العبارة مساق التعليل ، ويظهر ذلك بشيء من التأمل .

الثاني : أن المسألة ليست خلافية في المذهب ، ولم يذكر أحد فيها خلافاً ، ولم يحكه أحد عن الإمام لا من المتقدمين ولا من المتأخرين (استقصينا كتب المذهب في هـٰذه المسألة في بحث لنا مطول ، لا تحتمله هـٰذه التعليقات) ولـٰكن وجدنا **البلقيني** أشار إليه مخطئاً الإمام ، ولم يحمله على الناسخ ، إلا أن البلقيني انفرد بهـٰذا وحده بين المتقدمين والمتأخرين فيما نعلم ولم يتبعه أحد . والله أعلم .

هـٰذا وبينما الكتاب ماثل للطباعة جاءنا هـٰذا الجزء من صفوة المذهب لابن أبي عصرون فوجدنا عبارته هـٰكذا : « ولهـٰذا على المذهب الأظهر **يجوز** أن يتوكل الذمي لمسلم في قبول =

يجوز أن يكون وكيلاً في تزويج مسلمة ، [والتزوّج][(١)] بها لمسلم .

٨٨٩١ـ ومما ظهر الاختلاف بين **أصحابنا** فيه أن المرأة هل يجوز أن تكون وكيلة في الطلاق بالعوض [وغير العوض][(٢)] : فمن **أصحابنا** من قال : يجوز أن يوكل الرجل امرأة حتىٰ تخالع زوجته وتطلقها بمال ، ويجوز أن يوكل امرأةً حتىٰ تطلق زوجته من غير مال ؛ إذ لا خلاف أن الرجل إذا قال لامرأته : طلّقي نفسك ، فطلقت نفسها ، نفذ الطلاق بلفظها ؛ وإذا كان قولها صالحاً للطلاق في هـٰذا المحل الذي حكينا الوفاق فيه ، فلا يمتنع أن تكون الأجنبية وكيلة في تطليق الزوجة ، ولمّا [استُلبت][(٣)] عبارة المرأة في طرفي النكاح/ ، لم يتصور منها على الصحة تزويج [ولا تزوّج][(٤)] . ش ١١١

ومن **أصحابنا** من قال : لا يجوز أن تكون المرأة وكيلة في الطلاق ، ولا يقع الطلاق بعبارتها ، كما لا ينعقد النكاح بلفظها ، وهـٰذا القائل يقول : تفويض الرجل الطلاق إلى المرأة ليس توكيلاً ، وإنما هو تمليك ، [وقد رمزنا][(٥)] إلىٰ هـٰذا الأصل ، وأحلنا استقصاءه علىٰ كتاب الطلاق . وقال **الأصحاب** : الخلاف في أن المرأة هل يجوز أن تكون وكيلةً في الطلاق مأخوذ من الخلاف في أن الرجل إذا فوّض الطلاق إلى امرأته ، فهـٰذا تمليك أو توكيل ؟ فإن جعلناه توكيلاً ، لم يمتنع توكيل المرأة بالطلاق ، وإن جعلناه تمليكاً ، اختص التمليك بالزوجة ، ولم يُتصوّر من غيرها عبارةٌ صحيحة عن الطلاق ، ولولا [اشتهار هـٰذا][(٦)] الخلاف ،

= نكاح مسلمة » ا . هـ . فهل هـٰذا هو الحكم عند الإمام ؟ وإذا كان كذلك يبقى السؤال : لماذا لم يحكه أحد عنه إلا البلقيني ؟! وتبقى المسألة محل نظر! (ر . الشرح الكبير : ٧/ ٥٥٧ ، الروضة : ٤/ ٣٠٠ و٧/ ٦٦) .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) زيادة من (ت٦) .

(٣) في الأصل : « استقبلت » وهو تحريف واضح .

(٤) في الأصل : يتزوّج .

ثم معنى العبارة أن الأمر في الطلاق يختلف عنه في النكاح بالنسبة للمرأة ، فعبارتها في عقد النكاح مستلبة ، ولـٰكنها في الطلاق معتبرة .

(٥) في الأصل : « وقد رصرفا » هـٰكذا بهـٰذا الرسم . وهـٰذا من مستبشع التصحيف .

(٦) في الأصل : استشهاد الخلاف .

لتناهيت[١] في تزييف منع توكيل المرأة ؛ فإنه إذا صح تمليك المرأة ، فلأن يصح توكيلها أولىٰ ، فقد يتوكل في الشيء من لا يملكه ؛ ولذلك قلنا : يجوز أن يكون العبد والكافر والفاسق [وكلاء][٢] في النكاح على الرأي الأصح . وإن كانوا لا يلون النكاح على الاستقلال ؛ فلا حاصل إذاً لهـٰذا الخلاف ؛ ولـٰكنه مشهور مذكور في كل طريق .

هـٰذا قولنا فيمن يصح أن يكون وكيلاً بالتطليق علىٰ مال ، والمخالعة من جهة الزوج .

٨٨٩٢ـ فأما من يكون وكيلاً لها ، [فكل من يكون من أهل العبارة في الطلاق يجوز أن يكون وكيلاً لها في][٣] سؤال الطلاق . وقال **الأئمة** : إن خالف مخالف في المرأة/ هل يجوز أن تكون وكيلة عن[٤] الزوج ، فلا خلاف أن المرأة يجوز أن تكون وكيلة عن [الزوجة][٥] في الاختلاع ؛ فإن الأصل في الاختلاع المرأة ، وقد نص **الشافعي** علىٰ أن المرأة إذا اختلعت نفسها وضرتها بمالٍ ، صحَّ . وإذا كان يصح منها أن تختلع ضرتها من غير توكيل من جهتها ، فلا يمتنع أن تكون وكيلة أيضاً .

١١٢ ي

هـٰذا تفصيل القول فيمن يجوز أن يكون وكيلاً من الجانبين . وفي تنبيهنا علىٰ من يجوز أن يكون وكيلاً إيضاح لمن لا يكون وكيلاً .

٨٨٩٣ـ وإذا تبين هـٰذا ، خضنا بعده في تصرف الوكيل على الموافقة والمخالفة : فنبيّن تفصيلَ القول فيما يصدر من وكيل الزوج ، ثم ننعطف ، فنبين ما يصدر من وكيل الزوجة .

فأما وكيل [الزوج][٦] ، فلا يخلو إما أن يكون موكلاً بالمخالعة المطلقة ، وإما أن

---

(١) كذا . ولعل الأولىٰ : « لما تناهيت » .
(٢) في الأصل : وكيلاً .
(٣) ما بين المعقفين زيادة من : (ت٦) .
(٤) (ت٦) : عن جانب الزوج .
(٥) في الأصل : الزوج .
(٦) زيادة من (ت٦) .

ينصّ الزوج علىٰ مبلغ من المال ، فإن نص علىٰ مبلغٍ معلوم ، وقال : طلّق زوجتي بمائة دينار ، فلا يخلو الوكيل إما أن يوافقه ، وإما أن يزيد ، وإما أن ينقص . فإن خالعها بالمقدار المذكور ، نفذ الخلع ، وثبت البدل ، وإن زاد على المقدار المسمّىٰ ، ثبت ما سماه الوكيل ، وكان ما جاء به في حكم الموافقة . وهـٰذا بمثابة ما لو قال مالك ش ١١٢ العبد للوكيل : بع عبدي هـٰذا بمائة ، فإذا باعه بمائتين ، نفذ البيع بهما/ . وقد قررنا هـٰذا وما يليق بجوانبه في كتاب الوكالة .

وإن خالف الوكيل الزوجَ ، فنقص وخالع بأقلّ من المقدار المسمىٰ ، فالمذهب [المبتوت][1] الذي عليه التعويل أن الطلاق لا يقع ؛ فإن الوكيل لا يملك الاستقلال بالتطليق ، وإنما يطلّق مأذوناً ، وإذا خالف ، لم يكن مأذوناً .

وذكر بعض **أصحابنا** قولاً مخرجاً في وقوع الطلاق علىٰ ما سنذكر ـ على الاتصال ـ أصله في هـٰذا الفصل ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولسنا نفرع على القولين حتىٰ نذكر صورةً أخرىٰ .

٨٨٩٤ـ فإذا وكل الزوج بالمخالعة مطلقاً ، ولم ينص علىٰ مقدارٍ من العوض ، فقال : خالع زوجتي هـٰذه ، فالذي ذكره **الأصحاب** أن الوكيل إذا خالعها بمهر مثلها ، أو أكثرَ من مهر مثلها ، نفذ وصح[2] ، وكان بمثابة ما لو باع الوكيل المطلق ما وكّل ببيعه بثمن المثل ، أو بأكثر من ثمن المثل .

فأما إذا خالعها بأقلَّ من مهر مثلها ، فظاهر النص في **الإملاء** وفيما حكاه **الربيع** أن الطلاق يقع علىٰ تفصيلٍ سنذكره في التفريع ، إن شاء الله تعالىٰ .

وخرّج مخرجون [قولاً][3] أن الطلاق لا يقع ؛ فانتظم من هـٰذا أن ظاهر النص في التوكيل المطلق وقوعُ الطلاق ، وإن جرت المخالعة بدون مهر المثل ، وظاهر النص أن ي ١١٣ الزوج إذا عين مقداراً ، فخالع الوكيل بأقلّ منه ، فالطلاق لا يقع . وخرج **الأصحاب**/ في كل صورة قولاً علىٰ خلاف النص .

---

(١) ساقطة من الأصل ، وهي في (ت٦) .
(٢) (ت٦) : فقد صح .
(٣) زيادة من : (ت٦) .

فأما وجه التخريج [في صورة][١] الإطلاق ، فبيّنٌ ؛ فإنه مخالف ، والعقدُ المطلق محمول علىٰ عوض المثل ، فلذلك جعلنا الوكيل المطلق بالبيع إذا باع بأقل من ثمن المثل مخالفاً ، نازلاً منزلة ما لو عين له مالك المتاع مقداراً من الثمن ، فباع بأقلَّ منه ، فليكن الأمر كذلك هاهنا . وإذا ظهرت المخالفة ، وبطل استقلال الوكيل بنفسه ، [لم][٢] يبق إلا رد الطلاق .

فإن قيل : هـٰذا بيّن ، فما وجه نفوذ الطلاق علىٰ ما اقتضته النصوص ؟ قلنا : الطلاق مأخوذ من اللفظ ، مُدار على التطليق[٣] ، فإذا قال الزوج : خالع زوجتي ، فالذي جرىٰ من الوكيل يسمىٰ مخالعة ، فيجب تحقيق التطليق بحكم اللفظ ، وليس كالمبايعات ؛ فإنها مدارة على العادات . وفيما قدمناه من تنزيل العقود على النقود الغالبة وقطع تعليق الطلاق عن هـٰذا الأصل ما يؤكد هـٰذا[٤] .

فإن قيل : ما وجه تنفيذ طلاق الوكيل الذي عيّن له الموكل مقداراً ، فخالع بأقلّ منه ؟ قلنا : [أول][٥] ما نوجه به أن نستدل بالتوكيل المطلق مع فرض المخالعة بأقلّ من مهر المثل ، وعلى الجملة ، [يضعف][٦] توجيه هـٰذا . وقد أضرب عن حكايته كثير من **الأئمة** .

هـٰذا بيان/ القولين في وقوع الطلاق وعدم وقوعه . ١١٣ ش

٨٨٩٥ـ ونحن الآن نفرّع ونستعين بالله عز وجل : فإن قلنا : لا يقع الطلاق ، فقد لغا لفظ الوكيل ، ولا حكم لما جاء به .

وإن حكمنا بأن الطلاق واقع ، فقد ذكر **الشيخ أبو علي** في شرح **التلخيص** **قولين** :

---

(١) في الأصل : بصورة .
(٢) في الأصل : ولم .
(٣) في (ت٦) : « التعليق » .
(٤) لفظ (هـٰذا) سقط من : (ت٦) .
(٥) في الأصل : الأول .
(٦) في الأصل : فضعف .

أحدهما ـ أن [الزوج][1] بالخيار إن شاء أجاز ما فعله الوكيل وتنفذ البينونة ، وإن شاء، ردّ المال [وردّ البينونة ، ووقع الطلاق رجعياً ؛ فإن الطلاق إن كان يقع بحكم اللفظ ، فالبينونة لا تثبت إلا بالمال، والمال لم يثبت على موجب الإذن، فهـٰذا نوع من التخيير.

وحكىٰ قولاً آخر مخرجاً عن **ابن سريج** أن الزوج بالخيار ، إن شاء أجاز ما فعله الوكيل ، وإن شاء ردّ المال][2] والطلاق أصلاً[3] .

فإن قال قائل : هـٰذا بعينه مصير إلىٰ وقف الطلاق ، وقد ذكرتم في المعاملات **للشافعي** قولاً في وقف العقود ، ثم ذكرتم الآن الوقف من وجهين ، وقفاً في البينونة والرجعة ، ووقفاً في رد الطلاق . قلنا : لو كان هـٰذا مأخوذاً من وقف العقود ، فالممكن فيه اختصاص [الطلاق بمزايا يقتضي بها مزيد النفوذ][4] ، فقد يقول القائل : نحن وإن لم نجوز وقف سائر العقود ، فقد نجّوز وقف الطلاق لما أشرنا إليه . وهـٰذا ليس علىٰ [الحد الذي][5] أرتضيه ؛ فإنا لو أخذنا هـٰذا من وقف العقود ، لوجب تعطيل [التوكيل][6] فيه ، ولوجب أن يقال : إذا أقدم أجنبي علىٰ مثل ما وصفناه ، فالكلام في إجازة الزوج وردّه علىٰ ما تقدم .

وهـٰذا انحلال وخروج عن الضبط . ونحن نستفرغ الوسع في توجيه ما حكيناه ، ونقول : أما الحكم [بوقوع][7] الطلاق في إطلاق الوكالة ، فمأخوذ من اللفظ ، وما ينبني الطلاق عليه/ في الحنث والبر ، فليتخذ الناظر هـٰذا معتمده . ثم وراء ذلك مالٌ[8] ، فيجوز أن يُفرض فيه [خيار][9] .

ي ١١٤

---

(١) عبارة الأصل : أن الزوج الخيار .
(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وزدناه من (ت٦) .
(٣) أصلاً : أي لا يقع رجعياً ولا بائناً .
(٤) عبارة الأصل : اللفظ ثم إنا يقتضي لها مزيد النفوذ .
(٥) زيادة من : (ت٦) .
(٦) في الأصل : الوكيل .
(٧) في الأصل : فوقوع .
(٨) (ت٦) : قال .
(٩) في الأصل : خيال .

ثم ينقدح من فرض ردّه قولان : **أحدهما** ـ أن الطلاق لا مرد له ؛ فإن ارتدّ المال ، بقي الطلاق عريّاً ؛ فكان رجعياً ، ويجوز أن يقال : وقع الطلاق ، ولـٰكن ارتبط بمالٍ يقبل الرد ، وهو لم يرض بالطلاق المطلق ، فينعكس رد المال علىٰ رد الطلاق ، وليس هـٰذا [كردّ][1] عوض الخلع بالعيب ؛ فإن الطلاق لزم متعلقاً بعينه ، فلم يكن له بعد لزومه مردّ ، وهـٰذا النوع من الرد الذي نحن فيه ينعكس علىٰ أصل [الإذن][2] ومن طلب أكثر من هـٰذا في هـٰذا المقام ، وقع في الوقف ، مع ما فيه من الفجاجة .

٨٨٩٦ـ وبالجملة لسنا ننكر سقوط القولين جميعاً في رد البينونة وأصل الطلاق ، ولم أر هـٰذين القولين إلا **للشيخ أبي علي** ، **والأصحابُ** في الطرق مجمعون علىٰ أن الفرقة إذا وقعت ، كانت بينونة لا خِيرَةَ في ردها ، وحكَوْا عن **الشافعي** بعد القضاء بلزوم البينونة[3] **قولين** علىٰ وجهٍ آخر **أحدهما** ـ أن الطلاق إذا وقع بالمقدار الذي سماه الوكيل ، نفذ وتم ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، فينفذ الطلاق لموجب الإطلاق ، ونقضي بفساد التسمية للإخلال بما يجب أن يُرعىٰ في/ المال ، ونتيجةُ هـٰذه الجملة الرجوعُ إلىٰ مهر المثل . ١١٤ ش

والقول الثاني ـ أن الزوج بالخيار : إن شاء ، فسخ ورجع إلىٰ مهر المثل ، وإن شاء ، قنع بذلك المقدار ورضي به ، وقد يكون له فيه غرض ، وقد يكون عيناً وهو يبغيه ، ولا يريد إسقاطه .

فإن قيل : فما وجه القولين ؟ قلنا : [الأوجه][4] ثبوتُ مهر المثل ، ووجهه لائح . وأما وجه [قول][5] الخيار ، فهو أنا إذا نفذنا الطلاق ، لم يمكننا أن نقطع القول بفساد المسمىٰ ، ولم يمكننا أن نهجم علىٰ إبطال حق الزوج من المال ، فكان يتجه ما ذكرناه أن يتخير الزوج ، كما نصصنا عليه .

---

(١) في الأصل : الرد .
(٢) في الأصل : الأذىٰ .
(٣) (ت٦) : بلزوم البينونة علىٰ قولين .
(٤) في الأصل : إلا وجه ثبوت مهر المثل .
(٥) زيادة من (ت٦) .

٨٨٩٧ـ ولا ينبغي للمفرّع أن يذكر هٰذه التفاريع في غير صورة الإطلاق ؛ فإن المذهب المبتوت أن الزوج إذا عين للوكيل مقداراً وأمره بالمخالعة [به](١) ، فخالف وخالع بأقلّ منه ، فالطلاق لا يقع ؛ فلا حاجة إلىٰ تفريع المسألة بعد الحكم بوقوع الطلاق . ولو فرّع مفرع علىٰ أن الطلاق يقع مع المخالفة لصريح(٢) الإذن ، لَسَمُجَت التفاريع ؛ فإن ما ذكرناه وتكلفناه إنما يلطف [موقعه](٣) مع إطلاق اللفظ ، واشتماله علىٰ مقتضى العموم مع الالتفات علىٰ قاعدة الحِنث والبر [من وجه](٤) ، ومع النظر إلى اختلال المال في الأثناء من [وجه](٥) ، والخلع مركب من أصول متعارضة ، فجرىٰ ترتيبٌ عليه طلاوةُ [القبول](٦)/ وإن كان التحقيق مخالفاً [له](٧) . فأما إذا فرض التصريح بالمخالعة(٨) ، فتبعد تلك التفاريع . ي ١١٥

٨٨٩٨ـ ومما يدور في الخلد أن الرجل إذا قال للوكيل : خالع امرأتي ، فهل نقول : مجرد ذكر المخالعة يشعر بالمال ؟ وهل يخطر لذي النظر في المغمَضات [تخريجٌ](٩) هٰذا علىٰ ما إذا قال الرجل لامرأته : « خالعتك » ، فقالت : اختلعت . ولم يُجرِ واحدٌ منهما للمال ذكراً ؟ ففي ثبوت المالية كلام ذكرتُه في أول الكتاب . يجوز أن يقال(١٠) : التوكيل بالمخالعة بمثابة التوكيل بالبيع ، [ولو قال : بع عبدي ، كان ذلك محمولاً على البيع](١١) بالعوض .

---

(١) زيادة من : (ت٦) .
(٢) (ت٦) : بصريح .
(٣) في الأصل : موضعه .
(٤) في الأصل : في ذلك .
(٥) في الأصل : من وجهه .
(٦) في الأصل : والقبول .
(٧) في الأصل : لها .
(٨) أي بمقدار من المال يحدده الزوج ، فهٰذا مفهوم مما ذكره في صدر الكلام على التفريع ، فهو في مقابلة التوكيل المطلق . هٰذا . وفي نسخة (ت٦) : المخالفة .
(٩) في الأصل : تخرج .
(١٠) (ت٦) : يجوز أن يقول الفقيه .
(١١) زيادة من (ت٦) .

ويجوز أن يقال : ليست المخالعة كذلك ؛ فإنها كناية في وضعها ، ومن محالّ ترددها إرادة الخلع بها من غير مالٍ ، فليكن في هـٰذا مزيد نظر ، وإذا[١] قال الرجل للوكيل : طلق امرأتي بمالٍ ، أغنىٰ هـٰذا عن ذكر المخالعة ، وكان تصويراً في الإطلاق من غير تعرض لمقدارٍ في المال .

وقد انتجز بعون الله ولطفه تفريع القول في تصرف الوكيل من جهة الزوج .

٨٨٩٩ـ فأما تفصيل القول في تصرف الوكيل من جهة المرأة ، فنقول : لا تخلو المرأة إما أن توكل بالاختلاع مطلقاً من غير تنصيص علىٰ مقدار من المال ، وإما أن تنص علىٰ مقدار من المال ، فإن نصت علىٰ مقدارٍ من المال ، وقالت لوكيلها : اختلعني بكذا . فإن وافق/ الوكيل واختلعها بذلك المقدار ، صح ، ونفذ . وإن وقع الاختلاع بأقل من ذلك المقدار ، صح أيضاً ، وكان ذلك تناهياً في الموافقة ، وهو بمثابة ما لو قال الرجل لوكيله : اشتر لي هـٰذا العبد بألف ، فإذا اشتراه الوكيل بخمسمائة ، فقد وافق وزاد ، فالنقصان في هـٰذا الجانب بمثابة الزيادة في ثمن المبيع من الوكيل بالبيع .

١١٥ ش

٨٩٠٠ـ وإن خالف الوكيل واختلعها بأكثر مما سمَّت ، فهـٰذه مخالعة متضمنها جرُّ ضرار ومزيدُ غرم ، فلا يخلو الوكيل إما أن يضيف العقد والقبول إليها ، وإما أن يطلق الاختلاع ، ولا يضيف إليها .

[فإن أضاف إليها][٢] وقال : اختلعتها بألفٍ من مالها أو بألفٍ عليها ، فظاهر النصوص في الكتب الجديدة والقديمة أن الطلاق يقع .

ومذهب المزني أن الطلاق لا يقع ، وليس يخفى اتجاه القياس فيما اختاره المزني ؛ فإن هـٰذا الوكيل لم يضف الاختلاع إلىٰ نفسه ، فينزل العقد عليه ، وإنما أضاف إليها ، وهي لم تلتزم بنفسها هـٰذا المقدار ، ولم تأذن لوكيلها في التزامه ، فاقتضى القياس أن يكون هـٰذا القبول لاغياً بمثابة المعدوم ، وإذا انتفى القبول ـ والإيجابُ يتعلق به ـ كان

---

(١) (ت٦) : فإذا .

(٢) زيادة من : (ت٦) .

بمثابة ما لو قال الرجل لامرأته : أنت طالق بألف ، فسكتت ، ولم تقبل . هـٰذا وجه ما ذكره المزني ، ولم أر أحداً من الأصحاب يرىٰ مذهبه قولاً مخرجاً في المذهب علىٰ [اتجاهه][(١)] .

ي ١١٦ **والذي أراه أن يُلحَق مذهبُه في جميع المسائل بالمذهب/ ؛ فإنه [ما انحاز][(٢)] عن الشافعي في أصلٍ [يتعلق][(٣)] الكلام فيه بقاطعٍ ، وإذا لم يفارق الشافعيَّ في أصوله ، فتخريجاته خارجةٌ علىٰ قاعدة إمامه ، فإن كان لتخريج مخرِّج التحاقٌ بالمذهب ، فأولاها تخريج المزني لعلوّ منصبه في الفقه ، وتلقّيه أصول الشافعي [من فَلْق فيه][(٤)]**

وإنما لم يُلحق الأصحابُ مذهبَه في هـٰذه المسألة بالمذهب ؛ لأن من صيغة تخريجه أن يقول : قياس مذهب الشافعي كذا وكذا . وإذا انفرد بمذهبٍ ، استعمل لفظةً تشعر بانحيازه ، وقد قال في هـٰذه المسألة لما حكىٰ جواب الشافعي : « ليس هـٰذا عندي بشيء » ، واندفع في توجيه ما رآه بما ذكرناه .

٨٩٠١ـ فإن قيل : ما وجه القول المنصوص عليه ؟ قلنا : الإذن قد صدر منه على الجملة ، والوكيل جرىٰ في أصل الاختلاع على الإذن ، وإنما خالف في العوض ، وقد تمهد في أصل الشرع أن العوض ليس ركناً في الخلع ، حتىٰ يفسدَ الخلعُ بفساده ، [وإذا][(٥)] كانت الفرقة تقع بالمخالعة على الخمر مع القطع بأن القبول في الخمر باطل ، [وكان][(٦)] من الممكن أن يقال : إذا لم تكن الخمر مقبولة ، فإضافة القبول إليها لاغٍ ، [فلما][(٧)] تعلّق بقبول الخمر وقوع الطلاق شرعاً ، وليست الخمر مقبولة شرعاً ، (٨ دل علىٰ ما ذكرناه ٨) ، وليس الطلاق المتعلق بالقبول بمثابة الطلاق المعلق بالصفات ؛

---

(١) في الأصل : اتجاه .
(٢) في الأصل : فإنه إنما انجاه عن الشافعي .
(٣) في الأصل : متعلق .
(٤) زيادة من (ت٦) .
(٥) في الأصل : وإن .
(٦) في الأصل : فكان .
(٧) في الأصل : فأما .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (ت٦) .

فإن الطلاق/ إذا علقه مالكه بصفة ، فلا فرق بين أن تكون تلك الصفة محظورة ديناً ، ١١٦ ش
وبين أن تكون مباحة ؛ فإن تقدير وقوع الطلاق في التحقيق يرجع إلىٰ تأقيت الطلاق ، وكأن مالك الطلاق قال عند وجود الصفة المذكورة : أنت طالق ، هـٰذا مسلك التعليق ، فلا يختلف إذاً ـ علىٰ هـٰذا ـ التعليقُ باختلاف المتعلقات .

وأما القبول ، [فالطلاق][1] يقع به علىٰ حكم تصحيح القبول أخذاً من أحكام المعاوضات ، فإذا وقع الطلاق بقبول الخمر ، تبين أن فساد العوض لا أثر له ، فقد قبل الوكيل عنها حقّاً ، ولـٰكن أتىٰ وراء القبول بما هو فاسد في حكم إذنها ، فوقع الطلاق لذلك .

هـٰذا وجه النص والمذهب .

التفريع : **٨٩٠٢ـ** إذا تبين أن الطلاق واقعٌ ، فالمذهب الصحيح أن المسمَّىٰ يسقط ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، بناء علىٰ ما وجهنا به المذهب من القياس علىٰ فساد العوض ، وهـٰذا من باب الفساد الراجع إلىٰ صيغة اللفظ ، ثم موجب هـٰذا الرجوع إلىٰ مهر المثل .

وفي المسألة قول آخر أن على المرأة الموكِّلة أكثرَ الأمرين من المائة التي سمَّتها ، ومن مهر مثلها ، [فإن كان ما سمّته أكثر من مهر مثلها ، فعليها بذلُ ما رضيت به ، وإن كان مهر مثلها أكثرَ مما سمته ، فعليها مهرُ مثلها][2] .

وحقيقة القولين لا تتبين إلا بمعاودات ومباحثات .

أماالقول الذي صححناه في التفريع ، فمأخذه من إفساد التسمية ، وهـٰذا لائحٌ .

وأما/ القول الثاني ، فليس القائل به قاطعاً بالفساد ، ولـٰكنه يقول : إذا سمى ١١٧ ي
الوكيل مائتين وسمت المرأة مائة ، فقد أتى الوكيل بالمقدار الصحيح ، وضم إليه ما لا يصح ، وهو الزيادة ، وكأنه لا يقطع القول بالفساد .

---

(١) في الأصل : في الطلاق .
(٢) ما بين المعقفين زيادة من (ت٦) .

ومما يسوغ الاحتجاج به لهـٰذا القول أن المبالغة في تقرير[1] فساد التسمية توجب رفع الإذن من البَيْن ، وهـٰذا تورط في مذهب **المزني** . وإنما يتجه الحكم بوقوع الطلاق لاشتمال قول الوكيل علىٰ ما فيه بعض الموافقة . وإذا لم يقدر هـٰذا ، كان ذلك استئصالاً للإذن ورفعاً له ، ثم هـٰذا القائل إذا لم يجزم القول بالفساد ، كان موجَب [ما يؤصّله][2] أن ينظر إلىٰ ما رضيت بالتزامه ، فإن كان مثلَ مهر المثل أو أكثر ، ألزمنا الزوجَ الرضا به ، وإن كان أقلّ من مهر المثل ، فيثبت عند ذلك للزوج حقٌّ ؛ من جهة إخلاف ظنه ، ولا معتبر ينظر إليه إلا فوات البضع وإيجاب قيمته ، وهـٰذا إيجاب مهر المثل ، من غير فساد ولا تقدير خيار وفسخ ، ولـٰكن يثبت للزوج حق لم نجد له مأخذاً إلا القيمة ، ووجد من المرأة التزامٌ ، [فتردّد][3] النظر بينهما علىٰ ما حكيناه . هـٰذا هو الممكن في توجيه هـٰذا القول .

ش ١١٧ والقول الأسدُّ الرجوعُ إلىٰ مهر المثل/ جزماً ، من غير تفصيل .

ثم سواء أوجبنا مهر المثل ، أو ألزمنا أكثر الأمرين مما سمّت أو مهر المثل ، فليس على الوكيل غرم ، ولا ضمان ؛ فإنه أخرج نفسه من **البَيْن** ، ولم يضف الالتزام إلىٰ نفسه [أصلاً][4] .

التفريع على القولين :

٨٩٠٣ـ إن جزمنا[5] القول بثبوت مهر المثل ، فلا كلام ، ويجب تمامه ، وإن زاد علىٰ ما سماه الوكيل .

وإن فرعنا على القول الثاني وقد سمت المرأة مائة ، ومهر المثل مائة وخمسون ، وسمى الوكيل مائتين ، فالواجب مائة وخمسون ، ولو كان مهر المثل تسعين ،

---

(١) عبارة (ت٦) : في تقدير فساد القيمة توجب وقع الإذن .
(٢) في الأصل : ما وصله .
(٣) في الأصل : وتردد .
(٤) زيادة من (ت٦) .
(٥) (ت٦) : جرينا .

فالواجب مائة ، ولو كان مهر المثل ثلاثمائة ، فالأصح أنا[١] نوجب المائتين ؛ فإن الزوج رضي بهما فيما سماه الوكيل ، فكما يلزم المرأة المائة وإن كان مهر المثل أقل منها لالتزامها ، فكذلك يلزم الرجل الاكتفاء بالمائتين إذا كان مهر المثل أكثر منهما ؛ لأنه رضي بهٰذا المقدار ، فإنّ[٢] رضاه معتبر ، كما كان رضاها معتبراً . ومهر المثل دائر بينهما .

هٰذا تفصيل القول فيه إذا أضاف الوكيل ما ذكره من المسمى الزائد إلى التزام المرأة .

٨٩٠٤ـ فأما إذا لم يتعرض للإضافة إليها ، ولٰكن أطلق اختلاعها بالمائتين ، فالخلع نافذ ، والبينونة واقعة ؛ فإنها إذا كانت تقع والخلع مضاف إليها علىٰ خلاف إذنها ، [فلأن][٣] تقع والاختلاع مطلق أولىٰ .

ثم ما الذي يجب/ على الوكيل ؟ أولاً ـ أجمع أصحابنا علىٰ أن المرأة لا تخرج من البيْن ، ولا يقال : لمّا خالف الوكيل مقدار ما سمَّته ، وأطلق القبول والالتزام ، كان هٰذا بمثابة ما لو اختلع بنفسه من غير توكيل . هٰذا لم يصر إليه أحدٌ من الأصحاب ، [إذا أطلق الالتزام ، ونوى الموكّلة][٤] . ١١٨ ي

ثم فيما يجب عليها[٥] وعليه قولان : أحدهما ـ أنا ننظر إلىٰ مهر المثل ، فنوجبه على المرأة إذا كان أكثر مما سمّت ، ونوجب على الوكيل تكملة المائتين . وبيان ذلك أنها سمَّت مائة ، ومهر المثل مائة وخمسون ، وقد سمَّى الوكيل مائتين ، فنوجب عليها مائة وخمسين ، ونوجب على الوكيل الخمسين ، تكملة المائتين . وإن كان ما سمته أكثر من مهر المثل ، بأن كان مهر المثل تسعين ، وما سمته مائة ، وما سماه الوكيل مائتان ، فعلى المرأة المائة ، وعلى الوكيل المائة الأخرىٰ . ولو بلغ مهر مثلها

---

(١) عبارة (ت٦) : فالأصح أن الزوج لا يستحق إلا المائتين ، فإنه رضي بهما فيما سماه الوكيل .

(٢) عبارة (ت٦) : فكأن رضاه معتبر ، كما أن رضاها معتبر .

(٣) في الأصل : فلا .

(٤) زيادة من (ت٦) .

(٥) (ت٦) : فيما يجب عليه قولان .

مائتين ، فكمال مهر المثل عليها [علىٰ][١] هـٰذا القول .

فإذاً الواجب عليها أكثر الأمرين ، فإذا لم يبق شيء إلىٰ تمام المائتين ، فلا طلبة على الوكيل ، وإن بقي شيء ، فعلى الوكيل إتمامه .

وفي المسألة قولٌ آخر ، وهو أقيس عند **أئمة المذهب** ، وذلك أنا لا نُلزم المرأةَ إلا ما سمَّت ، فلا نحط ولا نزيد ، ونوجب على الوكيل إتمام المسمىٰ من عند نفسه .

ش ١١٨ وحقيقة القولين في هـٰذه/ الصورة تؤخذ أولاً من أن الفساد لا يتطرق إلى التسمية ؛ فإن الالتزام جرىٰ من الوكيل مطلقاً ، [ومطلق][٢] الالتزام صحيح منه من غير توكيل ، وليس كما لو أضاف إليها على الخُلف ؛ فإن [الإضافة][٣] فاسدة ، ولم يوجد منه التزامٌ [مطلق][٤] ، حتىٰ ننزّل عليه .

[فإذا فُهم هـٰذا ، نقول بعده : إنا في القول الأول نقول : قد تعلق الخلع بها][٥] علىٰ حالٍ ؛ إذ لو لم يتعلق بها ، [لبرئت][٦] بالكلية ، ولاختص الوكيل بالالتزام ، وهـٰذا لا سبيل إليه لما بنينا المذهب عليه من أن قاعدة الخلع لا تزول بالتغاير في [التسميات .

نعم ، قياس مذهب المزني][٧] انصراف الاختلاع عنها بالكلية إلى الوكيل ؛ فإنه ينزل الاختلاعَ منزلة الابتياع ؛ وإذا كان الرجل وكيلاً بابتياع عبد بمائة ، فإن أضاف

---

(١) زيادة من (ت٦) .
(٢) في الأصل : ونطلق .
(٣) في الأصل : الافة .
(٤) في الأصل : منطلق .
(٥) عبارة النسختين هنا مضطربة ، فقد جاء في الأصل : فإذا فهم هـٰذا القولين بعد أنا في القول الأول نقول وقد تعلّق الخلع بها . . .
وفي (ت٦) : فإذا فهم هـٰذا بيان القولين بعده : أما في القول الأول : قد تعلق الخلع بها .
والمثبت تصرف من المحقق ، علىٰ ضوء السياق ، وألفاظ النسختين .
(٦) في الأصل : الترتب .
(٧) عبارة الأصل : في التسميات ، فقياس مذهب المزني .

الشراء إلى الموكل وأوقعه بمائتين ، كان الشراء باطلاً ، وإن أضافه إلىٰ نفسه ، انصرف عن الموكل ، ووقع عن الوكيل . هـٰذا قياس **المزني** .

٨٩٠٥ـ وإذا فرعنا علىٰ **مذهب الشافعي** ، فلا بد[١] من تعليق الخلع بالمرأة ، ثم إذا تعلق بها وقد جرىٰ علىٰ خلاف ما رسمت ، دار الأمر عليها بين ما سمّت ، وبين مهر المثل ، فلزمها الأكثر منهما ، ثم ذكرنا في الصورة الأولىٰ أنه إذا قَصَر[٢] الأكثرُ عن المائتين ، فلا يجب على الوكيل شيء ، والسبب فيه/ أنه لم يلتزم ، بل أضافه [فكان][٣] خارجاً عن الغرم ، وقد التزم في مسألتنا ، فلزمه الوفاء بما [التزمه][٤] هـٰذا بيان هـٰذا القول . ١١٩ ي

[والأقيس][٥] القولُ الآخر ؛ فإن اعتبار مهر المثل إنما يحسن إذا كنا نَشوبُ الخلعَ أثر الفساد . وهـٰذا إنما يتجه إذا فسدت التسمية بالإضافة ، وهاهنا لم تفسد ، وإنما[٦] جرت مطلقة ، فإن كان يتعلق بالمرأة شيء ، فلا التفات علىٰ مهر المثل ، وإنّما الالتفات إلىٰ ما التزمته ، قلّ أم[٧] كثر ، وعلى الوكيل التتمّة .

وعلىٰ[٨] هـٰذا أطلق **الغواصون** القولَ بأن هـٰذا أقيسُ من الأول ، ولم يعتبر أحد من **الأئمة** مهرَ المثل جزماً في هـٰذه الصورة ، بخلاف صور الإضافة على الفساد ؛ فإن تلك الإضافة فسدت ، فكان الرجوع إلىٰ مهر المثل في القول الصحيح ، والتسميةُ المطلقة صحيحة في صيغتها ؛ فلم ينقدح مهر المثل (٩ علىٰ جزم ٩) ، ثم سرّ المذهب في

---

(١) (ت٦) : فإنا نبين تعلق الخلع بالمرأة .

(٢) قَصَر : من باب قتل ، تقول قصر السهم من الهدف لم يبلغه ، وقصر الطعامُ نقص وغلا . (المعجم والمصباح) .

(٣) في الأصل : وكان .

(٤) في الأصل : ألزمه .

(٥) في الأصل : والأتنس . (وهو تحريف عجيب رسم الناسخ الكلمة مشوّهة بغير معنىٰ) .

(٦) (ت٦) : فإنها .

(٧) (ت٦) : أو .

(٨) (ت٦) : وعن هـٰذا .

(٩) ما بين القوسين سقط من (ت٦) .

هـٰذا أن المقدار الذي يلتزمه الوكيل منفرد به ، فهو مطالب به ، والزائد عليه يتخير الزوج فيه ، إن شاء طالب به المرأة ، وإن شاء طالب به الوكيل ، ثم هو يرجع به على الموكلة . هـٰذا على المذهب المشهور في العهدة .

ش ١١٩ وإن قلنا : لا يطالَب الوكيل بعهدة العقد ، فالقدر الذي يتوجه الطلبة به على/ المرأة لا يطالب الوكيل به إذا اعترف الزوج بكونه وكيلاً ، ولم يكن بينهم اختلاف ، وكانت[1] هـٰذه الصورة بمثابة ما لو بذلت المرأة مالاً ، ووكلت وكيلاً ، فقال الوكيل : إن زوجك لا يخالعك بهـٰذا المقدار ، فلا عليك ، وأنا اختلعك بما يطلبه ، وإن زاد علىٰ ما بذلتِ ، فالخلعُ يَقْبل هـٰذا ؛ فإن الأجنبي إذا ملك الافتداء من خالص ماله [والبضع][2] يرجع عليها لا حظ للأجنبي فيه ، فيقبل التبعيض علىٰ موجب الافتداء . هـٰذا نظر **الشافعي** . وقد بان تحقيقه .

ثم إن حكمنا بأن المرأة تغرم الأكثر مما سمت ومن مهر المثل ، فإن زاد مهر مثلها عن المائتين ، فالزوج لا يطلبه أصلاً . وقد ذكرنا هـٰذا في الصورة الأولىٰ ، وهو في هـٰذه الصورة أوضح . وأجرينا في الصورة الأولىٰ قولاً أن مهر المثل يجب بالغاً ما بلغ ، وإن زاد علىٰ ما سماه الوكيل ، ولا شك أن ذلك القول لا يجري هاهنا ؛ فإن صورة الإضافة اتجه فيها الفساد ، وموجبه الرجوع إلىٰ مهر المثل ، ولا يتجه الفساد في هـٰذه الصورة التي ذكرناها .

هـٰذا تفصيل المذهب فيه إذا أضاف الوكيل العوض[3] إليها ، أو أطلق التزامه ، ولم يُضف ولـٰكنه نواها[4] .

ي ١٢٠ **٨٩٠٦ـ** فأما إذا قصد اختلاعها من تلقاء نفسه ، أو أطلق ولم[5] ينوها/ ، نزل الخلع عليه وانقطعت الطَّلبة عن المرأة . وهـٰذا بينٌ لا إشكال فيه .

---

(١) (ت٦) : وكأن .
(٢) في الأصل : فالبضع .
(٣) (ت٦) : العرض .
(٤) نواها : أي الإضافة .
(٥) (ت٦) : ولم يبدها بذل .

٨٩٠٧ـ ولو أضاف الوكيل المال إليها ، كما قدمنا التصوير فيه ، ولـٰكنه ضمن عنها . وإيضاح التصوير أنها إذا وكلته بأن يختلعها بمائة ، فقال الوكيل : اختلعتها بمائتين من مالها ، علىٰ أني ضامن ، فهـٰذه الصورة ذكرها **الصيدلاني** ، وزعم أن حكمها حكم ما لو أطلق التسمية والالتزام ، ولم يضف إليها .

وهـٰذه هفوةٌ بيّنة ؛ فإن الإضافة إذا فسدت ، فالضمان لا يردّها إلى الصحة ، فيجب طرد القولين المذكورين في صورة الإضافة إليها ، حتىٰ يتبين ما يجب .

ثم إذا استمر القولان علىٰ نحو ما جرىٰ ذكرهما ، فهـٰذه الصورة [التي ذكرها][1] تمتاز عن الأولىٰ في حكمٍ وهو أنا لم نلزم الوكيل في الإضافة إليها شيئاً ، وهاهنا نُلزمه ما يلزمها من جهة الضمان . فإن قيل : لم لا تلزمونه التتمّة إلى المائتين ؟ قلنا : لأنه لم يضف التزام العوض إلىٰ نفسه ، وإنما أقام نفسه كفيلاً ، والكفيلُ لا يستقل بنفسه في الغرم . فهـٰذا ما يجب التنبيه له .

٨٩٠٨ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا وكلت المرأة وكيلاً بالاختلاع ، وسمت مقداراً من المال ، فأما إذا أطلقت التوكيل[2] ، ولم تتعرض لتسمية مقدار ، فحق الوكيل إن أراد أن يجري علىٰ مرتبة الوكالة/ ألا يختلعها بأكثر من مهر المثل . فإن اختلعها بمهر المثل أو أقلَّ ، فذاك ، والخلعُ نافذ على الصحة . وإن اختلعها بأكثر من مهر المثل ، فالزيادة علىٰ مهر المثل كالزيادة على المقدار المسمىٰ إذا كانت سمَّت مقداراً . ١٢٠ ش

ثم يختلف الأمر بأن يضيف إليها أو يطلق الالتزام . فإن أضاف إليها ، فهو كالإضافة إليها وقد كانت سمّت فزاد الوكيل . وإن أطلق ، فهو كالإطلاق في الصورة الأولىٰ .

والجملة أن مهر المثل في صورة إطلاق التوكيل بمثابة ما لو[3] سمت إذا فرض من الوكيل الزيادة عليه ، فلا فرقَ ، غيرَ أن المسألة تمتاز عن المسألة بأمرٍ يرجع إلى

---

(١) زيادة من (ت٦) .
(٢) (ت٦) : الوكيل .
(٣) (ت٦) : بمثابة ما سمت .

الصورة ، وهو أنا قد نجري فيه إذا سمت شيئاً قولاً في أنه يلزمها أكثرُ الأمرين مما سمّت أو مهر المثل . وهـٰذا لا يتصور جريانه في الإطلاق ؛ فإنها ما سمت شيئاً ، فلا ينتظم التردّد في حقها [بين][1] شيئين ، ولـٰكن لايلزمها إلا مهر المثل ، والكلام في أن الوكيل هل يلتزم تتمة المسمّىٰ يخرّج على القياس المقدّم ؟ فإن أضاف الالتزام إليها ، لم يضمن شيئاً ، وإن أضاف الالتزام إلىٰ نفسه ، فهو كما لو أضاف الالتزام إلىٰ نفسه في صورة التسمية .

هـٰذا منتهى القول في تصرف وكيل المرأة بالاختلاع .

ي ١٢١ وكل ما ذكرناه فيه إذا اختلع/ الوكيل بجنس ما سمت ـ إن كانت سمت ـ فوافق المقدارَ ، أو زاد ، أو نقص .

٨٩٠٩ـ فأما إذا حاد الوكيل عن الجنس الذي سمت ، وذكر جنساً آخر ، وذلك بأن تسمّي دراهم ، فيختلع الوكيل على الدنانير ، قال **القاضي** : إن أطلق الاختلاع ، صح ، ووقع عن [الوكيل][2] ، وبطل أثر الوكالة ، وكان بمثابة ما لو اختلع أجنبيٌّ [زوجة][3] إنسان بمالٍ من عند نفسه ، وهـٰذا إذا أطلق الالتزام .

وإن أضاف الالتزام إليها ، فسد ولم يقع الطلاق ، وهـٰذا يؤكد مذهب **المزني** في الصورة الأولىٰ ؛ فإن أصل التوكيل جارٍ منها ، والفساد راجع إلى التسمية ، فإذا كان فساد التسمية في المقدار لا يمنع وقوع الطلاق ، ففساد الجنس لا يبعد ألا يؤثر ، ولم أر هـٰذا التفصيل[4] في الجنس والمقدار إلا **للقاضي** ، وإن أراد المريد فرْقاً ، لم يعدمه علىٰ شرط أن ينطاع لتركيب[5] الخلع [ولا يبغي][6] فيه كلاماً مجرداً ، فنقول :

---

(١) في النسختين : من .
(٢) في الأصل : التوكيل .
(٣) في الأصل : ووجه .
(٤) (ت٦) : الفصل .
(٥) (ت٦) : لتركب .
(٦) في الأصل : ولا ينبغي .

[المخالفة](١) في الجنس إعراضٌ بالكلية عما قالت ، [والمخالفة](١) في المقدار [إتيان](٢) بما ذكرت مع مزيدٍ ، كما تقدم .

ومما يجب تجديد العهد به التوكيلُ في النكاح ، فإذا وكلت **المرأة** في أن تُزوَّج بمائة ، فزُوِّجت بخمسين ، فالذي ذهب إليه **القفال** أن النكاح لا ينعقد/ . وقال **بعض الأصحاب** : ينعقد بمهر المثل ، فإن حكمنا بأنه ينعقد ، فهـٰذا يطابق الخلع في أصله ؛ من حيث إنه لا تندفع البينونة [بخلافٍ](٣) يجري في العوض . ١٢١ ش

وإن جرينا علىٰ طريقة **القفال** ، احتجنا إلىٰ فرقٍ بين النكاح والخلع ، والممكن فيه التعلّق(٤) بغلبة الطلاق وجريانه ، وتصحيح فاسده ، وتكميل مبعّضه ، وتأبيد مؤقته ، والنكاح لا يحتمل شيئاً من ذلك ؛ [فإذا](٥) وكل الرجل وكيلاً حتىٰ يقبل له نكاح امرأة بألف(٦) فقبل الوكيل النكاح بألفين ، [فاختيار](٧) **الشيخ**(٨) أن النكاح لا ينعقد ، وقال **بعض الأصحاب** : ينعقد ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، والحكم بالانعقاد بعيد(٩) في هـٰذا الطرف .

وقد انتهت المسألة نهايتَها ، وبلغت مبلغاً لا مزيد عليه ، ولـٰكن ليس من الممكن

---

(١) في الأصل : والمخالعة .
(٢) في الأصل : إثبات .
(٣) في الأصل : نحلا .
(٤) (ت٦) : التعليق .
(٥) في الأصل : وإذا .
(٦) (ت٦) : بألف درهم .
(٧) في الأصل : فاختار .
(٨) الشيخ : المراد به هنا القفال . وهو علىٰ خلاف اصطلاحه ، فحيثما قال (الشيخ) مطلقاً بغير قيد فهو يعني به الشيخ أبا علي السنجي ، والذي سوغ مخالفة هـٰذا الإطلاق هنا هو أن القفال قد سبق له ذكر في الصورة المقابلة لهـٰذه الصورة ، وهي : « إذا وكلت المرأة في أن تزوج بمائة فزوجت بخمسين » ويؤيد أنه يعني بالشيخ هنا القفال ، أن السبكي في (الأشباه والنظائر) نقل هـٰذه المسألة ، وكلامَ إمام الحرمين فيها بنصه ، ثم عقب قائلاً : وأظنه يعني بالشيخ ـ هنا ـ القفال ، ففي كلامه ما يشير إلىٰ ذلك (ر . الأشباه والنظائر : ١/ ٣٦٧) .
(٩) ساقطة من (ت٦) .

إنهاء كل مسألة إلىٰ حدٍّ يفهمه كل أحد ، ولن يحيط بمأخذ الكلام في هـٰذه المسألة إلا دربٌ[١] فقيهٌ عالم في الفقه سديدُ القريحة شديدُ الطلب للغايات[٢] .

فَرْعٌ : ٨٩١٠ـ إذا وكل الرجل وكيلاً حتىٰ يخالع زوجته بمائة ، فوكلته المرأة حتىٰ يختلعها بمائة ، فكان وكيلَه ووكيلَها ، فهل يصح ذلك ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا يصح ، كما لا يصح مثله/ في البيع والإجارة ، والسبب فيه أنه إيجاب وجوابٌ ، ولا ينتظم صدورهما عن شخص واحد ، والأب مستثنىً عن هـٰذا القياس ، كما قدمناه في كتاب النكاح . ي ١٢٢

والوجه الثاني ـ أنه يصح ؛ لأن الطلاق يقبل ما لا تقبله المعاوضات المحضة ، ولذلك صح فيه الخلع ، وجرت البينونة ، ولزم العوض من غير فرض قبول إذا قال الزوج : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فجاءته[٣] بالألف ، وقع الطلاق ، وثبت المال ، على التفاصيل المقدمة ، فإذا لم يبعد هـٰذا ، وفيه اكتفاءٌ بقولِ واحدٍ من أحد الجانبين ، [فالاكتفاء بشخصٍ واحدٍ][٤] لا يكون بدعاً ، [فإن منعنا هـٰذا[٥] ، لغا لفظ الوكيل][٦] ، ولم يقع شيء .

وإن صححنا ، فهل يقتصر الوكيل علىٰ أحد الشقين ، أم لا بد من الإتيان باللفظين المعبّرين عن الشقين ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرناهما في الأب إذا كان يعامل ابنه الطفل ، وكان **شيخنا أبو محمد** يحكي في هـٰذه المسألة مسألةً عن **القفال** وتردداً من جوابه فيها ، وهي أن [مستحق][٧] الحق إذا وكل رجلاً باستيفاء حقه من إنسان ، فوكّله ذلك الذي

---

(١) دَرِبٌ : بالمهملة المفتوحة ثم مهملة مكسورة والثالث باء موحدة : ماهرٌ حاذق ، من درب يدرَب (باب تعب) يقال : درب على الشيء : مَرِنَ وحَذِق ، ودرب به : اعتاده وأولع به . (المعجم والمصباح) .
(٢) عبارة (ت٦) : إلا دربٌ في الفقه سديد القريحة شديد الطلب .
(٣) (ت٦) : فإذا جاءته .
(٤) في الأصل : والاكتفاء بشرط واحد .
(٥) هـٰذا : إشارة إلىٰ توكيل شخص واحد في الخلع من الرجل والمرأة ، فيكون وكيلاً عنهما معاً .
(٦) عبارة الأصل : فإن معنا هـٰذا الغا لفظ التوكيل .
(٧) في الأصل : يستحق .

عليه الحق بإيفاء حقه ، فانتصب وكيلاً عن الموفي والمستوفي ، فكيف سبيل هـٰذه الوكالة ؟

لا شك أنه لا يظهر للفساد/ في هـٰذا أثر ، ولـٰكن لو فرض منه الاستيفاء ، ثم تلف في يده ما قبضه ، فإن حملناه علىٰ كونه وكيلاً بالاستيفاء [فما يتلف في يد وكيل الاستيفاء][1] يكون من ضمان مستحِق الحق ، وإن قدرناه موفياً ، فما يتلف في يد وكيل الموفي يكون من ضمان من عليه الحق . ١٢٢ ش

وإذا كان موكلاً من الجانبين [وفرض][2] التلف في يده ، فهو ضمان مَن ؟ ترددَ جوابُ **القفال** في ذلك ، والوجه أن نقول : إن قصد القبضَ عن جهة من وكله بالاستيفاء ، فلا شك أن ما يتلف في يده يكون من ضمان مستحق الحق . وإن لم يقصد شيئاً ، فالمسألة مترددة قريبةٌ من تقابل الأصلين ، والعلم عند الله تعالىٰ . وإن قصد القبض عن الموفي ، فليست المسألة خاليةً عن الاحتمال أيضاً والله أعلم .

* * *

---

(١) زيادة من (ت٦) .

(٢) في الأصل : وفوّض .

باب(١)
الخلع في المرض

قال الشافعي رضي الله عنه : « ويجوز الخلع في المرض كما يجوز البيع . . . إلىٰ آخره »(٢) .

٨٩١١ـ نجدد العهد بالنكاح في المرض ، ثم نذكر الخلع ، فالمريض إذا نكح بقدر مهر المثل ، أو أقل ، فلا حرج عليه [ولا يحتسب ما يسوقه صداقاً من الثلث ؛ لأن ذلك معدودٌ](٣) من حاجته ، ولا مطلع علىٰ حاجته إلا من جهته ، فنكاحه بمثابة/ شرائه لذائذ الأطعمة ، ولا معترَض عليه في شيء من ذلك ، [وإن](٤) استوعب مالَه بمهور الأبكار وقضاء الأوطار .

ي ١٢٣

وإن نكح بأكبر من مهر المثل ، فالزيادة تبرع ، فإن كانت المرأةُ وارثةً ، فالزيادة مردودة ، وإن كانت ذمّية لا ترث هـٰذا المسلم ، أو كانت أمة والمهر لمولاها ، فالزيادة تبرعٌ محسوب من الثلث(٥) .

٨٩١١/ م ـ ولو خالع المريض زوجته ، فلا معترض عليه ، ولا مؤاخذة بمقدار بدل الخلع ، فإنه لو طلق مجاناً ، جاز فإذا طلّق بمالٍ ثبتَ وإن قلّ . وهـٰذا كما ذكرناه في مخالعة السفيه زوجته ، والزوجات لا يتعلق بهن حقوق الورثة ، كأمهات الأولاد .

وقد ذكرنا طرفاً من الكلام فيه إذا أعار المريضُ نفسَه ، وخدم غيره ، وأوضحنا كلام الأصحاب في أن بذل منافعه هل يحسب من الثلث ، أم يقال : لا يحتسب ؛ فإن

---

(١) (ت٦) : فصل .
(٢) ر . المختصر : ٤/٦٦ .
(٣) ما بين المعقفين زيادة من (ت٦) .
(٤) في الأصل : فإن .
(٥) (ت٦) : التلف .

منافع بدنه لا تبقىٰ لورثته ؟ وقد ذكرنا هـٰذا ونظائره في كتاب الوصايا .

٨٩١٢ـ فأما المرأة إذا نكحت في مرض الموت ، نظر : فإن نكحت بمهر المثل أو أكثر ، فذاك . وإن نكحت بأقلَّ من مهر المثل ، فإن كان الزوج حراً يرثها ، انعقد [العقد][(١)] ، وثبت مهر المثل ، ولا وصية لوارث[(٢)]/ . ١٢٣ ش

وإن كان الزوج عبداً فالمسامحة مع السيد ، وظاهر المذهب أن ما حابت به وصيةٌ محسوبةٌ من الثلث .

ومن **أصحابنا** من قال : ليس بوصية ؛ فإن منافع بضعها لا تبقىٰ لورثتها ، وإنما الشرع فيما يبقىٰ للورثة لولا التبرع .

٨٩١٣ـ وإن اختلعت المرأة في مرض الموت نفسَها من زوجها بمهر المثل ، أو أقل ، لم يحتسب من [ثُلثها][(٣)] وقال **أبو حنيفة**[(٤)] : يحتسب ، وهـٰذا بناه علىٰ أصله في أن البضع لا يتقوّم عند الخروج من النكاح . وإن كان قد تقوّم عند الدخول في النكاح .

وأما المكاتبة إذا اختلعت أو المكاتب إذا نكح ، فينبغي ألا تُتلقّىٰ هـٰذه التصرفات من تصرفات المريض ؛ فإن لها مأخذاً سيأتي موضحاً في كتاب الكتابة ، إن شاء الله عز وجل .

وإن اختلعت نفسها بأكبر من مهر المثل ، فالزيادةُ وصية[(٥)] .

---

(١) زيادة من (ت٦) .

(٢) ولا وصية لوارث : المعنىٰ أنه لا تحسب المحاباة لزوجها الحر الذي يرثها من الثلث ، فإنه لا تجوز له الوصية . علىٰ حين لو كان الزوج عبداً ، وقبلت نكاحه بأقل من مهر المثل ، فالمحاباة في هـٰذه الحالة للسيد ، فتحسب من الثلث ، حيث تجوز له الوصية لأنه غير وارث ، كما هو واضح من العبارة الآتية .

(٣) في الأصل : ثمنها .

(٤) ر . المبسوط : ٦/ ١٩٢ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٤٧٠ مسألة : ٩٩٢ .

(٥) لأنها محاباةٌ بغير عوض ، فعوض الخلع هنا هو مهر المثل .

فصل

قال : « ولو كان خالعها بعبد يساوي مائةً ومهر مثلها خمسون. . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٨٩١٤ـ صورة المسألة عرية عن مقصود الفقه ، ولٰكن في لفظها وفتوىٰ **الشافعي** فيها تعقيد ، والغرض التنبيه عليه ، ووجه الجواب عنه .

والصورةُ مريضةٌ اختلعت نفسها علىٰ عبدٍ يساوي مائة ، وهو جميع مالها ، ومهر مثلها خمسون ، فالخلع يثبت ، وقدر مهر المثل/ يثبت لا محالة ، والزائد عليه وصية ، فينفذ ما يسعه الثلث ، وهو سدس العبد ، فيسلم للزوج ثلثاه : النصفُ بحكم الاستحقاق ، والسدس بحكم التبرع ؛ فإن السدس ثلث الباقي . غير أن الزوج بالخيار من جهة التبعّض[(٢)] . ثم إذا فسخ ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل أو إلى القيمة . ي ١٢٤

هٰذا جواب المسألة . غير أن **المزني** نقل في جواب المسألة : « أن الزوج بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد ونصف مهر مثلها ، وإن شاء ، رده ورجع بمهر مثلها » ، وأخذ يعترض ويقول : « لا بل يستحق نصف العبد ؛ لأنه [قدر][(٣)] مهر المثل ، ويستحق من الباقي ما يحمله الثلث »[(٤)] .

قال **أصحابنا** : ما ذكره **المزني** صحيح . ثم منهم من غلطه في النقل ، وقال : إنما قال **الشافعي** : الزوج بالخيار إن شاء أخذ ما يخصه من العبد ، وإن شاء رده ورجع بمهر المثل ، ولم يقل ونصف مهر المثل .

وهٰذه المسألة لا تُلفىٰ منصوصة على الوجه الذي نقله **المزني** في شيء من كتب **الشافعي** . وقال بعض **أصحابنا** : لفظ **الشافعي** أن الزوج بالخيار إن شاء أخذ نصف

---

(١) ر . المختصر : ٤/٦٦ .

(٢) المعنىٰ أن الزوج إذا لم يسلم له العبد كاملاً ، وتبعّض بينه وبين الورثة ، كان هٰذا عيباً موجباً للخيار ، فإن فسخ ولم يرض بالاشتراك في ملك العبد ، فله مهر مثلها أو القيمة .

(٣) زيادة من (ت٦) .

(٤) ر . المختصر : ٦٧ .

العبد ، ونصفُه[١] مهر المثل ، فحذف المزني الهاء ، وقال : إن شاء أخذ نصف العبد ، ونصفٌ[٢] مهر مثلها ، فنوَّن النصفَ ، وحذف المزني التنوين .

ومن أصحابنا من حمل ما نقله المزني علىٰ ما إذا/ أصدقها عبداً يساوي مائة ١٢٤ ش درهم ، ثم خالعها عليه قبل الدخول ، فعاد النصف إليه بحكم الطلاق قبل الدخول ، فله الخيار بين أن يأخذ النصف [الباقي مع نصف مهر المثل ، لأجل النصف][٣] المستحَق له بالطلاق ، وبين أن يرده ويرجع بمهر المثل . وهٰذا منتظم ، ولٰكن لا فائدة في قوله : ومهر مثلها خمسون . فهٰذا منتهى القول في ذلك والله أعلم .

* * *

---

(١) (ت٦) : ونصف .

(٢) (ت٦) : ونصفه .

(٣) ما بين المعقفين زيادة من : (ت٦) .

باب
خلع المشركين

حكم خلع المشركين حكمُ أنكحتهم وما يبذلون من الأبدال ، كما يبذلون منها في الصداق وقد مضى القول مفصلاً فيما يقبض في الشرك ، وفيما يقبض في الإسلام ، فلا معنىٰ لإعادة [ما مضىٰ مقرّراً][(١)] ، ثم يذكر **الأصحاب** مسائل خالف **أبو حنيفة** فيها ، ونحن نذكرها ونبين مذهبنا فيها .

فَرْعٌ : **٨٩١٥**ـ إذا اختلعت قبل قبض المهر علىٰ عين أو دين ، لم يسقط مهرها عن ذمة الزوج عندنا ، خلافاً **لأبي حنيفة**[(٢)] ، فإنه قال : المخالعة توجب براءة ذمة الزوج عن مهر المرأة قبل المسيس وبعده ، وإن لم يجر للمهر ذكر ، وهـٰذا أخذه من لفظ الخلع والاختلاع ، وهو وسوسة لا حاصل وراءها .

فَرْعٌ : **٨٩١٦**ـ إذا خالع امرأته علىٰ خمرٍ أو خنزير ، فالخلع فاسد ، وعليها مهر المثل ، على الرأي/ الظاهر ؛ فإن الخمر والخنزير يعسر تقويمها . وقال **أبو حنيفة**[(٣)] : [يقع][(٤)] الطلاق ، ولا شيء عليها ، وإن كان العوض يثبت لو كان صحيحاً وهـٰذا بناه علىٰ أصله في أن البضع لا يتقوّم في الخروج من النكاح ، والرجوع إلىٰ مهر المثل تقويم للبضع . ي ١٢٥

فَرْعٌ : **٨٩١٧**ـ إذا خالع علىٰ مالٍ مؤجل على الحصاد والدياس ، فسد العوض ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، وعند **أبي حنيفة**[(٥)] يصح ، ويتعجل المال ويفسد الأجل .

---

(١) في الأصل : وما مضىٰ مفرداً ، وفي (ت٦) : ما مقرراً . والمثبت تصرف من المحقق ، فهو اختيار من النسختين .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ١٩١ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٤٦٦ مسألة : ٩٨٣ .

(٣) ر . المبسوط : ٦/ ١٩١ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٤٧٠ مسألة ٩٩١ .

(٤) زيادة من (ت٦) .

(٥) ر . المبسوط : ٦/ ١٩١ .

فَرْعٌ : ٨٩١٨ـ إذا خالعها علىٰ ما في كفها ، فسد العوض ، والرجوع إلىٰ مهر المثل ، وقال أبو حنيفة[1] : إذا أصاب في كفها شيئاً ، فهو العوض ، فإن لم يصب ، فله ثلاثة دراهم . وما ذكرناه تفريع على الرأي الظاهر في أن بيع الغائب لا يصح علىٰ هٰذه الصفة .

فَرْعٌ : ٨٩١٩ـ إذا قالت : أبرأتك عن مهري بشرط أن تطلّقني ، فقال الزوج : أنت طالق ، فالبراءة لا تصح ؛ فإنها معلّقة والتعليق يفسدها ، ثم طلاق الزوج جرىٰ مطلقاً من غير تعليق ، ولو قال الزوج : إن أبرأتني ، فأنت طالق ، فقالت : أبرأتك ، فالطلاق بائن ، فإن التعليق من جهته غير ممتنع ، وهو بمثابة ما لو قال : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، ولو قال الزوج : طلقتك فأبرئيني ، وقع الطلاق ، ولا يلزمها الإبراء ؛ لأنه نجّز الطلاق ، واستدعى الإبراء .

وفي كتاب الخلع/ فروع ممتزجة بقواعد الطلاق ، رأينا تأخيرها إلىٰ آخر الطلاق ١٢٥ ش والله المعين .

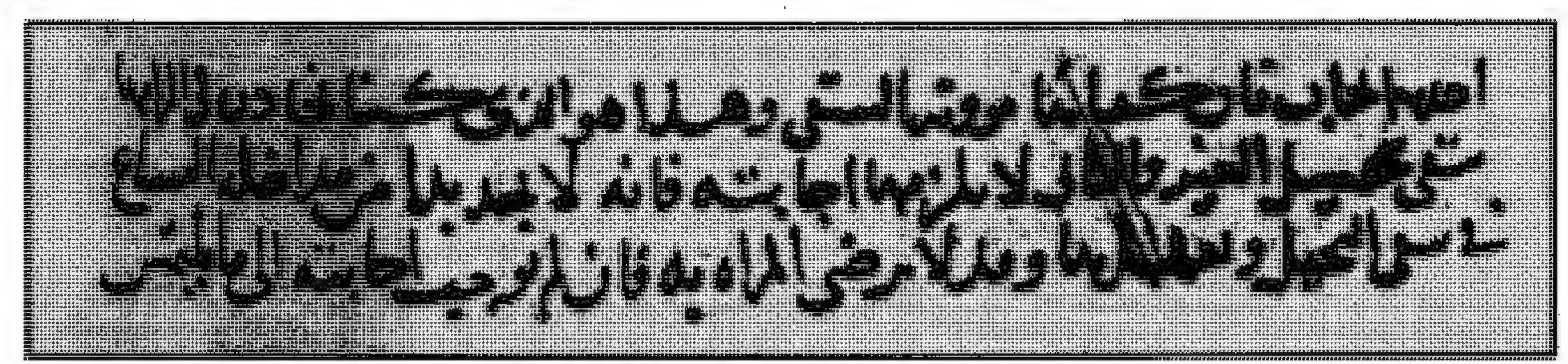
* * *

(١) ر . المبسوط : ١٨٧/٦ .

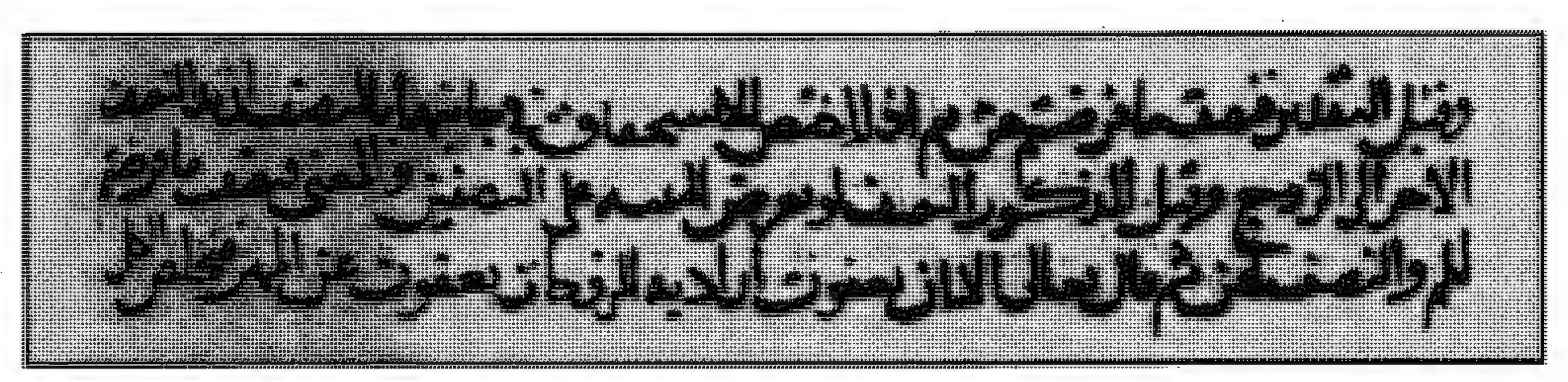


قائمة ببعض الألفاظ التي تعذر قراءتها

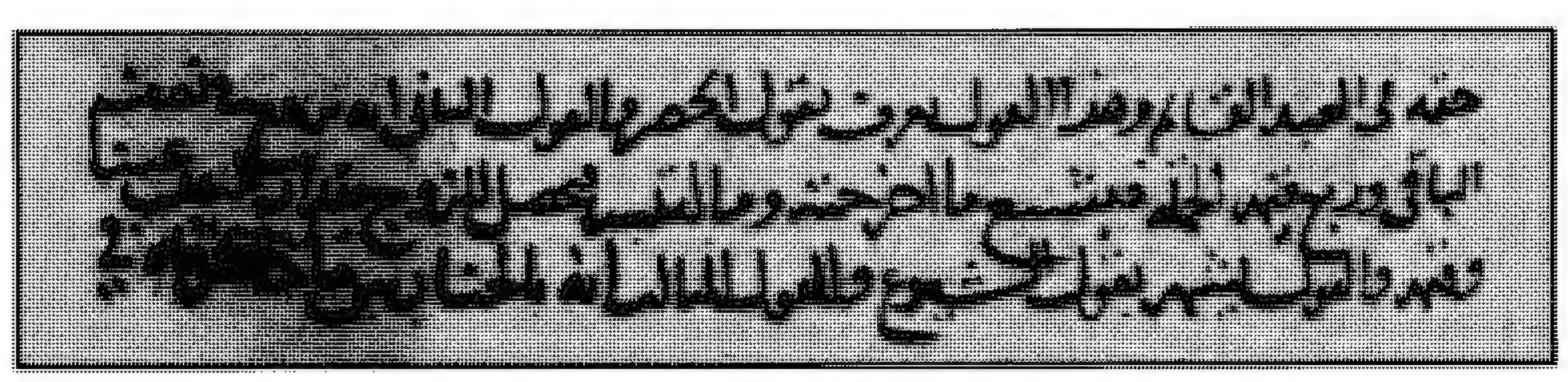
آملا أن ينكشف وجهها لبعض الباحثين



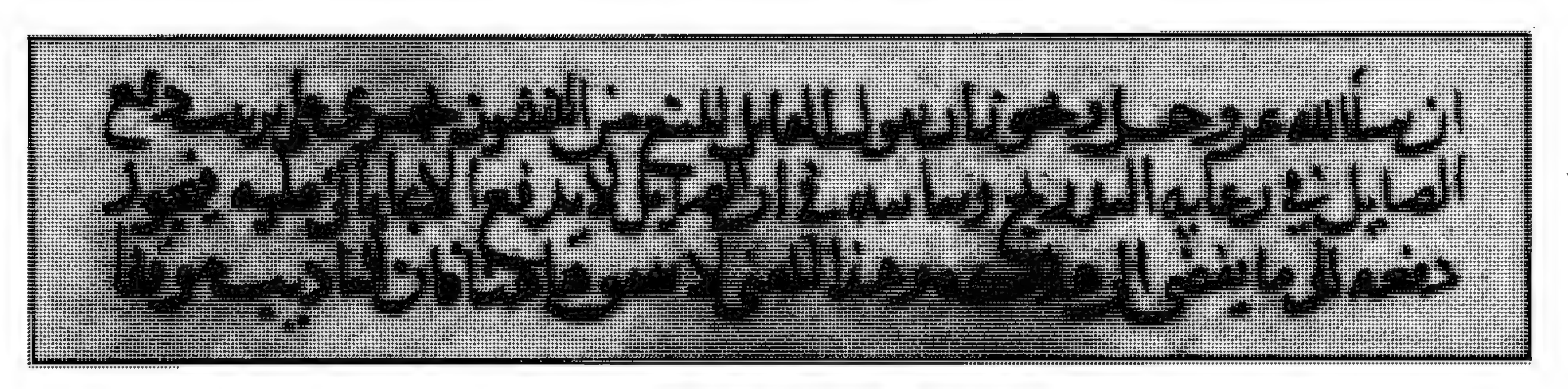
صفحة ٦٠ الحاشية (٢)



صفحة ١٤٩ الحاشية (٢)



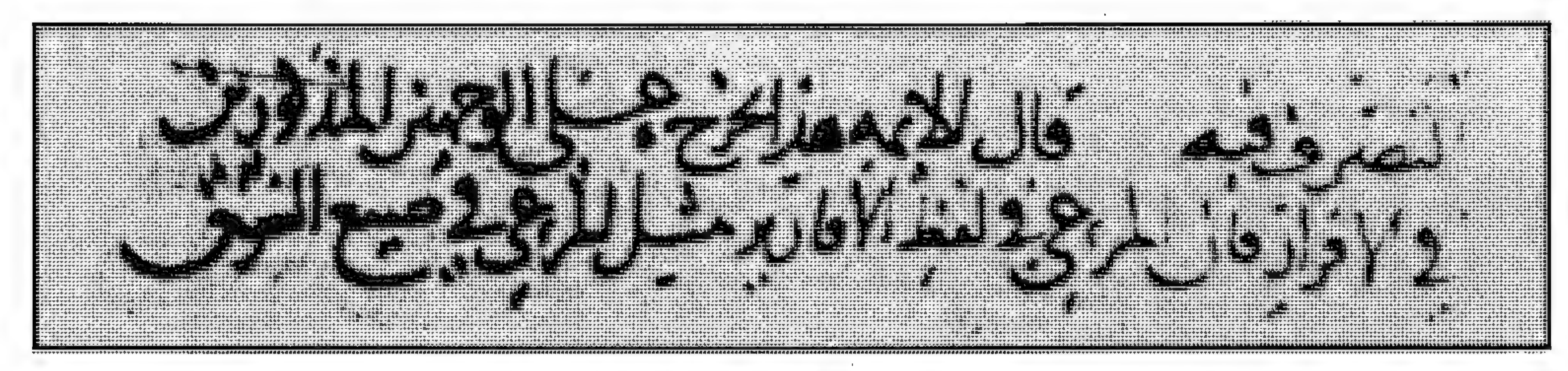
صفحة ١٥٨ الحاشية (٢)



صفحة ٢٧٧ الحاشية (٥)

صفحة ٢٨٢ الحاشية (٧)

صفحة ٢٨٦ الحاشية (١)

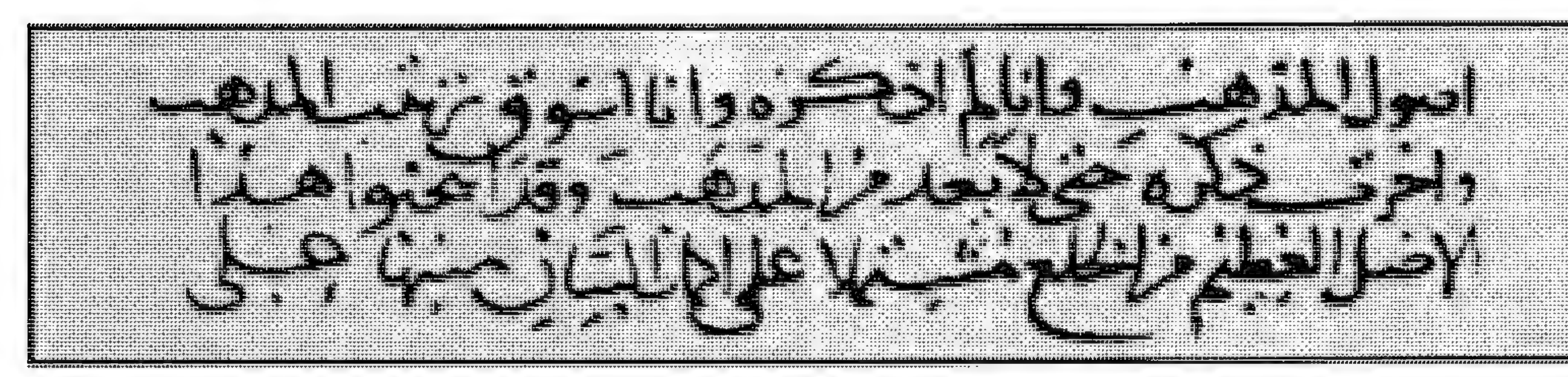


صفحة ٣٨٠ الحاشية (١)

صفحة ٣٥٦ الحاشية (٢)

حمل نفسه على ما ذكرناه صريحا وقصدناه اخرا وهذا وان كان فيه
بعض الخيال فليس ببعيد فان في المسألة فقه فلا يبعد وا وجه
احتمال ان الرجوع الى ما في المشكل في جميع بيانه المسائل وهذا هو القياس

صفحة ٣٦٠ الحاشية (٣)



اصول المذهب وانا لم اذكره وانا اشوق من نسل المذهب
واخرت ذكره حتى لا يبعد من المذهب وقد اعتنوا هذا
الاصل العظيم من الخلع مشتملا على احكام البيان منها جبلى

صفحة ٤٠٨ الحاشية (١)

اصول المذهب وانا لم اذكره وانا اشوق من نسل المذهب
واخرت ذكره حتى لا يبعد من المذهب وقد اعتنوا هذا
الاصل العظيم من الخلع مشتملا على احكام البيان منها جبلى

صفحة ٤٢٦ الحاشية (١)

* * *



مُحتوى الكتاب

المحتوى | الصفحة

❊ ❊ ❊